TEORIA E EMPIRIA NO DIREITO

(ORGANIZADORES)

IVO DA COSTA JÚNIOR
FERNANDO CARDOSO
ROSE DE BRITO
ANA PAULA MORAES
DANIEL GOMES

TEORIA E EMPIRIA NO DIREITO

EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

A DELIMITAÇÃO DOS REQUISITOS A SEREM UTILIZADOS NA ESCOLHA DO PROCESSO MODELO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Andressa Patricia Silva Dias

PRECEDENTES

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ser, desde sua origem (Revolução Francesa) [1], filiado à Civil Law, no Novo Código de Processo Civil (NCPC) é possível verificar a presença do sistema *Common Law* e a valorização do precedente judicial.

> "O *Civil Law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que em virtude da certeza jurídica que daí recorreria o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Imaginou que a lei seria suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos."[2]

O sistema *Common Law* baseia-se na lei não escrita, no direito jurisprudencial, no costume e precedentes. O juiz da *Common Law* é indutivo, pois antes de se preocupar com a

1. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p.100.
2. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p.100.

norma geral, a preocupação tende a ser pelo caso concreto, e em separar os fatos conforme a sua relevância. O entendimento firmado no caso concreto torna-se precedente.

Ou seja, o precedente é a decisão judicial verificada no caso concreto, capaz de persuadir decisões futuras sobre temas iguais ou semelhantes. Nas palavras de Francisco Rosito, pode ser definido como:

> "O termo precedente pode representar diversos sentidos. De forma ampla, o precedente pode ser entendido como uma ou mais decisões prévias que funcionam como modelos para casos ulteriores. Nessa acepção, os precedentes representam razões de direito que servem como fundamento para futuras decisões. Em um sentido restritivo, no entanto, significam apenas decisões vinculantes provindas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria."[3]

No que diz respeito aos efeitos dos precedentes, existem dois sistemas: o sistema europeu e o sistema anglo saxão. O IRDR está inserido no sistema anglo saxão, o qual vincula a doutrina *stare decisis* e possui força vinculante a todos. A teoria do *stare decisis* visa promover a estabilidade jurídica, respeitando os princípios processuais, e garantindo a estabilidade do direito, podendo ser explicada da seguinte forma:

> "Trata-se de diretiva ou norma consuetudinária que impõe a observância das decisões tomadas anteriormente quando uma mesma questão for posta em julgamento, não se devendo desrespeitar o que já foi de-

3. ROSITO, Francisco. TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: Racionalidade da tutela jurisdicional. Ed. Juruá, 2012. P. 91.

> cidido de forma pacífica. *Stare decisis* corresponde ao que os anglo americanos sintetizam '*to stand by things decided*'. Portanto significa que as cortes inferiores hierarquicamente devem seguir as decisões proferidas por cortes superiores em casos análogos." [4]

Cabe salientar que apesar de os juízes de primeiro grau, no *Common Law,* proferirem o precedente, no Brasil é invertido, de modo que as cortes superiores ditam o procedente (art. 977).

1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O judiciário no Brasil, vem falhando, no que diz respeito a garantir a celeridade e a isonomia na prestação jurisdicional. Diante do crescimento de demandas judiciais nos últimos anos e, por conseguinte, o aumento na procura do judiciário para solucionar conflitos, aumentou-se, também, a necessidade da presteza processual. Pois a morosidade no processo, além de afetar o princípio da celeridade, acarreta custo ao Estado que poderia ser evitado ou diminuído.

A mesma falha ocorre quando se trata de causas isonômicas, uma vez que se passou a ser verificada coisa julgada divergente em ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, gerando extrema insegurança jurídica. Quando os juízes proferem decisões divergentes em face de relações jurídicas similares ou idênticas, atinge-se diretamente o princípio da isonomia.

A fim de acelerar a decisão definitiva e diminuir o número de decisões isomórficas antinômicas foram criados, no NCPC, diversos mecanismos, dentre esses, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O IRDR será instaurado sempre que existir uma deman-

---

4. ROSITO, Francisco. TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: Racionalidade da tutela jurisdicional. Ed. Juruá, 2012. P. 82.

da repetitiva, que verse sobre a mesma questão de direito e houver risco de ofensa ao princípio da isonomia e segurança jurídica. O pedido de instauração será dirigido ao tribunal pelo juiz, pelas partes, pelo ministério público ou pela defensoria pública. Assim que o incidente for admitido, os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou região, serão suspensos. O incidente será julgado pelo prazo de um ano, ou seja, em um tempo razoável para a resolução do conflito, obedecendo ao princípio da celeridade.

> "De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão. De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o 'desafogamento' do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nessa medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos 'não-repetitivos'. Ainda, essas técnicas diferenciadas, como o IRDR, privilegiam a economia processual, com a racionalização da atividade jurisdicional, inclusive no que se refere aos custos da litigiosidade repetitiva."[5]

5. TEMER, Sofia. Incidente de resolução de Demandas Repetitivas. Pág. 40-41.

A inspiração para que se criasse o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foram os modelos criados pela Inglaterra e Alemanha. Na Inglaterra, tem-se o *Group Litigation Order* com a finalidade de resolver ações isomórficas, que envolvam questões comuns de fato ou de direito. Similarmente, na Alemanha, tem-se o *Musterverfahren*, ao qual visa julgar de maneira análoga controvérsias comuns a inúmeras demandas individuais.

O IRDR possui três fases: 1- Instauração e Admissão; 2- Afetação e Instrução; 3- Julgamento.

A primeira fase, observada no dispositivo 976 da Lei 13.105, diz que é cabível a instauração do IRDR quando houver efetiva repetição do processo que contenha controvérsia sobre a mesma questão unicamente direito e risco a ofensa a isonomia e a segurança jurídica.

Quanto a quantidade de processo necessário para a instauração do incidente, não existe um número definido, é necessário a existência de uma quantidade compreensível, com a finalidade de justificar o uso do procedimento. Seguindo este pensamento, Antônio do Passo Cabral diz:

> "Não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação do incidente pela construção de parâmetro. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas, mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção desta técnica. "[6]

Segundo o enunciado de número 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis é possível a instauração do IRDR quando houver a apresentação de mais de um pedido

6. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1421.

diante do mesmo tribunal. Nessa hipótese, os pedidos serão agrupados e processados juntamente. No que diz respeito aos pedidos apresentados após a admissão do incidente, ficarão parados e serão anexados ao processo, cabendo ao órgão julgador analisar as razões nele consideradas. [7] Ainda sobre a instauração, o incidente é incabível quando um dos tribunais superiores já tiver afetado recurso para definição da tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. [8]

O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.[9] O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.[10] A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.[11]

É importante ressaltar que o IRDR dispensa o pagamento de custas processuais, como exposto no dispositivo 976, ***§5° do CPC.***

Outra matéria de suma importância é obrigatoriedade da "mais ampla e específica divulgação e publicidade", como relatado no artigo 979 da Lei 13.105. A importância se faz para reconhecer a eficácia da decisão. Além do mais, evita que ocorra a instauração de IRDR com o mesmo objeto nos tribunais.

Na segunda fase, nominada de afetação e instrução, ocorre à delimitação do objeto de fato, ou seja, o reconhecimento da questão do direito a ser resolvido pelo tribunal, o reconhe-

7. Acesso em: > http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>.

8. Artigo 976 , **§4° da lei 13.105.**

9. Artigo 975 da lei 13.105.

10.Parágrafo único do dispositivo 975 da lei 13.105

11. Artigo 979 da lei 13.105.x

cimento dos sujeitos processuais e como ocorrerá sua atuação e os atos instrutórios.

> "Assim, entende-se que após o pedido ou ofício para instauração do IRDR, o tribunal proferirá decisão de admissão, que, se positiva, conterá a delimitação provisória do objeto do incidente. A partir dessa decisão, o órgão julgador se debruçará na análise da questão, tomará conhecimento da controvérsia e analisará a fundo os argumentos aventados na petição ou ofício que provocou o incidente, bem como demais documentos que o instruíram. Também após esta decisão, tornar-se-á público que o tribunal fará a definição da melhor tese jurídica sobre a questão, serão comunicados os juízes inferiores para que haja suspensão das demandas e, ainda, serão intimidas as partes dos processos em trâmite acerca da instauração do IRDR. Desse modo, após a etapa inicial de preparação, o órgão julgados que terá recebido mais subsídios sobre a controvérsia, poderá modificar a delimitação anterior fixando definitivamente o objeto do incidente. O objeto do incidente, considerando como a questão do direito afetada para resolução, tornar-se-á estável a partir deste momento, o que exigirá relação de congruência entre a afetação e a posterior decisão de mérito. Essa identificação limitará a questão a ser apreciada pelo tribunal e, por consequência, obstará que sejam proferidas 'teses' sobre outras questões diversas." [12]

No que diz respeito ao reconhecimento dos sujeitos processuais, o Código de Processo Civil nos fornece algumas regras. O

---

12. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Editora Juspodivm: 2016. P.128.

dispositivo 977 nos informa os legitimados para fazer o pedido de instauração do incidente: Defensoria Pública, Ministério Público, as partes, o juiz ou o relator. Ademais, no artigo 976 §2 anuncia a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, caso este não seja requerente. Além disso, deverá assumir a titularidade em caso de desistência ou abandono do caso. Importante se faz, também, a leitura dos dispositivos 983,984, II e 983 §1. Tais dispositivos tratam da oitava das partes, outros interessados e pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

A terceira fase, o julgamento, concernirá ao órgão incumbido pela jurisprudência do tribunal (art. 978). Nela, ocorrerá a exposição do objeto do incidente e a apresentação de argumentos pelo Ministério Público e dos demais interessados (art. 984). O julgamento ocorrerá no prazo máximo de um ano, e terá preferencia, salvo nos casos de pedidos de habeas corpus e réu preso (art.980). Do julgamento de mérito do IRDR cabe recurso especial ou extraordinário (art. 987).

Com a tese do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas finalizada, a eficácia da decisão vincula o tribunal que julgou o Incidente e os juízos inferiores a ele (Art. 927, III).

> “Os precedentes com força obrigatória naturalmente incide sobre os tribunais e sobre os juízos que lhe são inferiores. Alude-se, neste sentido, a eficácia vertical dos precedentes.” (MARINONI, 2011. P. 118)

2. O IRDR JULGA CAUSA OU FIXA TESE?

Alguns autores argumentam que o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva julga a pretensão, ou seja, o conflito subjetivo apresentado pelas partes, entre esses autores é possível citar o Jurista Alexandre Câmara[13]. Outros, como exemplo, o Jurista

13. CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. Ed. São Paulo:

Antônio do Passo Cabral argumenta que o IRDR apenas fixa a tese jurídica, ou seja, trata de questões estritamente de direito.

Nesse sentido, existem diferenças entre o uso do termo 'Causa piloto ou processo teste' e 'processo modelo'. Com isso, Antônio do Passo Cabral distingue esses termos:

> "O primeiro é aquele das chamadas "causas piloto" ou "processos-teste", uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a *ratio decidendi* do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um "julgamento por amostragem" da causa-piloto. Assim ocorre, na Europa, com as *test claims* inglesas... O segundo formato é aquele dos "processos-modelo": neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considera-

Atlas, 2016, p.385. Versão Digital.

ções sobre as demais questões de cada processo). Neste caso, temos uma decisão objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários. Esta é a técnica do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren). "[14]

Acredito que será formado um procedimento modelo, uma vez que o IRDR julga apenas questão de direito.[15] Além disso, a desistência ou o abandono do processo pela parte não impede o exame do incidente[16], ou seja, não é de interesse o conflito subjetivo da lide. Ademais, a questão subjetiva será analisada de forma generalizada, para evitar-se uma que a realidade se torne intangível. Nesse segmento, Sofia Temer diz:

> "No IRDR, a resolução das questões de direito não será realizada a partir de uma concreta abstração da realidade, até porque "não há teses sem fatos". Os fatos, porque essenciais para análise da questão de direito, estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta (até porque o tribunal não julgará nenhuma "causa"), e sim como fatos pressupostos, projetados, generalizados." [17]

Assim, é necessário que haja, no processo modelo escolhido, discussão sobre questão de direito. Além disso, o fato

---

14. CABRAL, Antonio do Passo. A Escolha da Causa Piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Revista de Processo. P. 201-223. Vol. 231, maio/2014. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1715079/mod_resource/content/2/Antonio%20do%20Passo%20Cabral%20-%20Escolha%20da%20causa piloto%20nos%20incidentes%20de%20resolucao%20de%20processos%20repetitivos.pdf>

15. Artigo 976, I da lei 13.105.

16. Artigo 976, § 1 da lei 13.105.

17. TEMER, Sofia. Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 73.

subjetivo existente no processo modelo adotado deverá ser desmembrado, visto a condição técnica do IRDR e a qualidade da tese a ser aplicada nos processos paralisados, de modo a garantir a padronização.

3. A ESCOLHA DO PROCESSO MODELO

Nota-se que com a vigência do CPC, em março de 2016, iniciaram-se, rapidamente, os pedidos de instauração dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e a admissibilidade do pedido em alguns processos.

Inclusive, o Concelho Nacional de Justiça mapeou todos os Incidentes admitidos em tribunais no País, porém, tal estudo ainda não foi liberado pela Ministra Carmen Lúcia. [18]

A partir de alguns acórdãos disponibilizados pelo TJMG sobre processos que tiveram os incidentes admitidos, como os de números 0333985-88.2016.8.13.0000 e 0002201-34.2014.8.13.0002, são possíveis verificar que em tais acórdãos a discussão se refere à matéria. Se o mérito do tema exposto é questão ou não de julgamento de IRDR. É notória a importância sobre a discussão relativa ao assunto, porém, também é irrefutável a relevância da discussão sobre a qualidade do processo modelo.

Qual seleção foi imposta a tal processo? O que faz do processo, instaurador do incidente, merecedor de ser usado como modelo para resolução de outros processos análogos?

Antônio do Passo Cabral fundamenta que delimitar os requisitos para a escolha do processo modelo no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma preocupação fundamental:

> "Em qualquer dos formatos de incidente de resolução de processos seriais é de grande relevo o exame de qual causa-piloto deve ser aquela escolhida ou

18. DISPONÍVEL EM: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-26/cnj-lista-demandas--repetitivas-admitidas-tribunais-pais>.

> admitida e afetada para o julgamento como processo repetitivo. Essa seleção de causa teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, ao escolher para a aferição ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos. Por outro lado, quando diante de litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos como aquele a partir do qual provocarão o incidente, abre-se espaço para certo direcionamento da cognição no incidente a favor do interesse que desejam ver prevalecer, e assim, pensarmos em critérios que permitam inadmitir a tramitação ou corrigir a seleção das causas, em razão de uma inadequada escolha do processo-piloto, parece ser uma preocupação fundamental."[19]

Caso a seleção dos processos modelos seja realizada de maneira esdrúxula pode acarretar problemas no que tange as garantias processuais dos litigantes, principalmente quando não há um efetivo contraditório no processo modelo. [20]

Nesse seguimento, é de suma importância à análise do processo modelo, no sentido da identificação do efetivo contraditório, dos sujeitos processuais, das suas possibilidades de atuação, respeitando os princípios constitucionais e processuais.

De suma importância se faz o princípio do contraditório, artigo fundamental exposto na Constituição da República, po-

19. CABRAL, Antônio de Passos. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. P.207,208.

20. CABRAL, Antônio de Passos. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. P.207,208.

rém, em razão da abundancia de processos a serem suspensos pela admissão do IRDR, não será possível a participação de todos os sujeitos. Com isso, é necessária uma adaptação do princípio do contraditório no IRDR:

> "Não haveria como sustentar preservação da garantia do contraditório sem que fossem elaboradas as devidas adequações em suas bases no seio do gênero dos mecanismos processuais de que é espécie o incidente de resolução de demandas repetitivas. Caso contrário, careceria de sustentação teórica a ideia de que as decisões proferidas em um processo individual comum pudessem projetar seus efeitos, possivelmente desfavoráveis, a autores ou réus de outras ações individuais com mesmo pedido e causa de pedir, mas que de modo algum integraram aquela relação processual."[21]

Ainda sobre a escolha do processo modelo, é importante a leitura do dispositivo 1036 § 1° e 6º da lei 13.105:

> "Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo

21. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Repro, vol.2011, set/2012,p. 191.

> Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso. Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida."

Ou seja, os processos modelos selecionados deverão ter uma argumentação plausível a respeito da questão de direito. Além do mais, deverá ser nomeados dois ou mais líderes, um reservado ao réu e o outro reservado ao autor, para que estes possam conduzir o incidente observando o interesse coletivo e não o interesse subjetivo da demanda.

> "O tribunal de julgamento procederá à escolha de um 'líder' para os vários autores e outros para os réus, denominados, respectivamente, de Musterklãger e Musterbeklagte, que serão interlocutores diretos com a corte. Nada mais razoável, já que como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um porta voz." [22]

À escolha de tais líderes cabe à análise dos argumentos ofertados pelos autores e réus dos processos modelos instaurados. É necessária a comprovação de que tal líder está em defesa do interesse público e que este, possui entendimento a respeito da questão de direito a ser debatida no IRDR. O líder deverá possuir vasto saber sobre a questão objetiva a ser

---

22. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento modelo (musterverfahen) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Revista de processo, 2007, vol. 147. P. 135.

debatida, uma vez que cabe a ele suscitar todas as possiblidades possíveis de questionamento. Com efeito:

> "A controvérsia deve ser apresentada mediante recursos que abordem controvérsia constitucional em tantas perspectivas argumentativas quantas foram possíveis" *(MARINONI, 2011. P. 478)*

Para os processos modelos já instaurados, no caso de os autores e réus, dos respectivos processos, não possuírem tal perfil, ou real interesse na demanda, é possível que sejam escolhidos líderes apartado ao processo modelo suscitado.

Sendo assim, em acordo com o dispositivo 984, II do CPC, é necessário que haja a abertura para os demais interessados sustentar suas razões. Tais sujeitos devem ter o direito ao contraditório, em favor do seu interesse subjetivo na solução da demanda, e a chance de convencimento perante o juiz. Nesse sentido:

> "Considerando que a tese fixada pelo órgão jurisdicional possuirá eficácia ultra partes, sendo utilizada não só no(s) processo(s) em que proferida a decisão, mas também, nos que lhe são semelhantes, há sujeitos que, embora não integrem aquela(s) relação(ões) processual(is) específica(s) possuem interesse em influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional, por se encontrarem em situações homogêneas." [23]

Ademais, o processo modelo deverá ser o mais abrangente possível no que tange aos meios de provas utilizados, para que possa abarcar o maior número de processos e, assim, gerar variadas formas de argumentação para a aplicação da tese.

---

23. BASTOS, Antonio Adonimas Aguiar. O devido Processo legal nas demandas repetitivas. 2012. P. 266.

CONCLUSÃO

Com tudo observa-se que o Incidente de Resolução de Demandas repetitivas tem o potencial de solucionar o problema da presteza processual e a falta de segurança jurídica nas decisões processuais, muitas vezes, divergentes, no que tange o mesmo assunto.

Constata-se também a importância da escolha adequada do processo modelo para que a tese suscitada pelo IRDR possa ser de qualidade. E para uma escolha apropriada é necessário cautela no que se refere à participação e ao interesse dos autores e réus do processo modelo, visando seu papel como líderes do processo. Ou seja, tais partes conduzirá o processo a partir de uma argumentação plausível e vasto saber sobre o tema, a fim de introduzir todas as possibilidades de demanda referente a aquela questão de direito a ser debatida. A multiplicidade de provas também é de extrema importância, uma vez que pode englobar mais argumentações antes de o juiz proferir a tese do IRDR.

Além do mais, em respeito do princípio do contraditório, é importante a abertura para quem estiver interessado a participar, mesmo que de forma breve, no discernimento do juiz.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código de processo civil (2015): Lei n° 13.105 de 16-03-2015**. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos.** Revista de processo, Rio de Janeiro, v. 231, maio/2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento modelo (musterverfahen) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** Revista de processo, 2007, vol. 147.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, Versão Digital.

Donizetti, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo código de processo civil.** Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 22. Mai. 2016.

DURÇO, Karol Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas: Uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil.** Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP, Rio de Janeiro, v. VIII, 2011. Disponivel em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index. php/redp/issue/view/596>. Acesso em: 08 out. 2015.

MANHÃES, Pedro Alexandre Mamedes. **O incidente de resolução de demandas repetitivas.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro,

2014. Disponivel em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_proce ssual_civil/edicoes/n2_2014/pdf/BarbaraGaetaDornellasdeLima.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2 ed. São Paulo: RT, 2011

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de reso-**

lução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Repro, vol.2011, set/2012.

RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. **As ações-testes na Alemanha, Inglaterra e a legislação brasileira projetada.** Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP, Rio de Janeiro, v. VIII 2011. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index. php/redp/issue/view/596>. Acesso em: 11 out. 2015.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no projeto do novo código de processo civil e o kapitalanleger-musterverfahrensgesetz do direito alemão.** Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP, Rio de Janeiro, v. VIII 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index. php/redp/issue/view/596>. Acesso em: 10 out. 2015.

ROSITO, Francisco. **Premissas à teoria dos precedentes judiciais.** Juruá, 2012.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de Demandas Repetitivas.** Salvador: Juspodivm, 2016.

TEORIA CRÍTICA E PESQUISA JURÍDICA EM DEMANDAS MULTICULTURAIS

Antonio Cláudio da Silva Neto
Bianca Bittencourt de Carvalho

INTRODUÇÃO

Até a década de 1960, ao refletir as concepções prevalecentes na América Latina, compreendeu-se que a teoria jurídica dominante fundava-se em ideais Kelsenianos sobre a identidade do Estado e do Direito. Tal teoria extrai seu fundamento do monismo jurídico, ou seja, apenas a norma ou o sistema normativo que provém do Estado possui força coercitiva e as demais manifestações seriam consideradas como costumes a serem aplicados para suprir a ausência do direito dominante.

Desse modo, a Teoria Crítica do Direito se mostra de fundamental importância nas discussões que permeiam o presente artigo, pois fundamenta suas raízes no sentido de se considerar a possibilidade de uma nova cultura pluralista em face do velho monismo estatal e ao paradigma jurídico hegemônico da cultura ocidental dominante e excludente, com reflexos na sociedade brasileira, posto que esta teoria proporcionou a visualização do monismo como uma ficção do Direito moderno, assim, restou-se a possibilidade de discutir o pluralismo jurídico.

A perspectiva multicultural emana da ocupação de diferentes espaços por indivíduos que configuram identidades próprias e subjetivas de forma multidimensional. É nesse sentido que os novos agentes de transformação social e cultural encontram na estrutura do pluralismo jurídico um processo de democratização, descentralização, participação e libertação de práticas monoculturais e injustas, já que um único sistema normativo tem se demonstrado insatisfatório para suprir as demandas sociais plurais e mutatórias.

Assim, a pesquisa delineia seus contornos e procedimentos metodológicos numa perspectiva bibliográfica, no intuito de estabelecer um modelo de pensamento abrangente, que abrange o princípio da multiplicidade, sem que o privilégio se mostre em uma cultura dominante, mas na democracia das diferenças, pois prioriza o conhecimento como possibilidade, atuando no combate a imposição de identidades. Destarte, inicia-se a abordagem com a teoria crítica e suas perspectivas em demandas jurídicas, posteriormente, preocupa-se em aplica-la às problemáticas multiculturais.

1. TEORIA CRÍTICA E PERSPECTIVAS JURÍDICAS

Ao perscrutar-se a história da teoria crítica no Direito, descobre-se que desde o final da década de 1960 tem havido uma reformulação ora mais, ora menos visível dos estudos e da *práxis* jurídica, a ponto de Antonio Carlos Wolkmer (2002, p. 18), amparado no jurista-historiador Antonio M. Hespanha, destacar três eventos significativos que comprovam tais argumentos. O primeiro, contextualizado na Europa Ocidental, consiste em uma "corrente progressista de cunho neomarxista, que desencadeou profundas mudanças na teoria social em geral". No segundo, tem-se uma teoria crítica neomarxis-

ta-freudiana, representada no dizer de Wolkmer, “pela Escola de Frankfurt”, que tem Jurgen Habermas, redescobridor da epistemologia crítico-dialética, um dos seus ideólogos. O último evento é preconizado pela Escola Francesa dos *Annales,* a fim de ultrapassar o positivismo histórico.

Antonio Carlos Wolkmer, precursor da teoria jurídica crítica no Brasil, aponta para a insuficiência do Direito Estatal devido a forma como vem sendo aplicado. Embora não tenha a pretensão de tornar mínimo o sistema vigente, “os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornam-se insatisfatórios e limitados” (WOLKMER, 2001, p. 233). Este ainda destaca que a estrutura normativa contemporânea é pouco eficaz, mormente para apresentar soluções bem como resolver as problemáticas relacionadas com as carências de grupos periféricos. Neste sentido, Antonio Carlos Wolkmer traz o seguinte conceito para a teoria crítica do Direito:

> O instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participava e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um a priori dado, da elaboração mental pura e simples, mas de experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais (2002, p. 09).

No Brasil, observa-se na crítica jurídica pesquisas e publicações elaboradas nos anos de 1970, 1980 e no início de 1990,

abrangendo em essência a doutrina da Teoria Geral do Direito, Ciência da Dogmática Jurídica, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Filosofia Político-jurídica. As revistas *Contradogmáticas*, dirigida pelo Prof. Luis Warat, *Direito & Avesso*, da Nova Escola Jurídica Brasileira, *Revista Trimestral* da OAB e a *Direito Alternativo*, organizada pelo magistrado Amilton Bueno de Carvalho, são exemplos dessa produção científica (WOLKMER, 2002, p. 82). Já a práxis social é adotada pela prática alternativa do Direito e de outros movimentos brasileiros de crítica jurídica, como o grupo de trabalho *Direito e Sociedade*, a *Associação de Juízes para a Democracia, Projeto Curricular da Faculdade de Direito de Ijuí* (RS), *Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos, o Instituto Apoio Jurídico Popular, Serviço de Apoio Jurídico* da Universidade Federal da Bahia, e outros.

Em meio aos autores jurídicos que têm aplicado a teoria crítica, encontram-se Clèmerson Merlin Clèvi, na seara do Direito Constitucional, Carlos Artur Paulon, em Direito do Trabalho, Celso Albuquerque de Mello, em Direito Internacional, Juarez Cirino dos Santos, em Direito Penal, Ada Pellegrini Grinover, em Processo Penal, Edmundo L. de Arruda Jr., em Sociologia Jurídica. Ademais, existem também magistrados, membros do Ministério Público e advogados que assumem posturas progressistas. Conforme anotado por Ivone Lixa, a teoria jurídica crítica proporcionou a visualização do monismo como uma ficção do Direito moderno, assim, restou-se a possibilidade de discutir o pluralismo jurídico. Para Antonio Carlos Wolkmer, trata-se de uma "perspectiva que admite multiplicidade de práticas em um mesmo espaço sociopolítico, interatuantes de conflitos e consensos, oficiais ou não, que tem sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais" (LIXA, 2010, p. 133). Neste sentido, enfatiza:

> O Direito é o instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados numa sociedade de classe como a brasileira; consequentemente, descarta-se o caráter de apoliciticidade, imparcialidade e neutralidade dos operadores e das instâncias de jurisdição. (...) A escolha metodológica de grande parte de seus adeptos é pelo método histórico-social dialético, utilizando-o através de interpretação jurídico-progressista, cujo objetivo é explorar as contradições, omissões e incoerências da legalidade vigente (WOLKMER, 2002, p. 144).

Tais disposições permitem elucidar que, como a composição social compreende comunidades e culturas divergentes, a materialização dos valores coletivos deve-se pautar em um pluralismo fundado na democracia. Assim, o "reconhecimento do pluralismo na perspectiva da alteridade e da emancipação revela o *locus* da coexistência para uma compreensão crescente de elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos" (WOLKMER, 2010, p. 41). Para David Sánchez Rubio (2010, p. 57), Antonio Carlo Wolkmer possui o objetivo básico de encontrar um critério de racionalidade que permita explicar a complexidade da realidade social latino-americana. Destaca que não se trata de um fenômeno novo, porquanto o pluralismo jurídico liberal burguês defendido em meados do século XX está sendo reintroduzido como uma nova estratégia do novo ciclo do capitalismo mundial.

No campo da sociologia jurídica, Jean Carbonnie (1974, p. 28) aponta para "teoremas fundamentais", onde ressalta que a extensão do Direito se sobrepõe as suas fontes formais. Assim, a possibilidade de uma pluralidade na seara jurídica se deve ao fato da juridicidade não se esgotar com as normas e tampouco com o litígio, ao considerar o Direito infinitamente mais

extenso que o contencioso. Para Valdoir da Silva Santos, o pluralismo se estabelece com uma percepção mais abrangente da sociedade, de modo a possibilitar a expansão do entendimento sobre compreensão e existência humana. Em contrapartida, segundo este autor, “o monismo jurídico se fundamenta em bases que procuram garantir a todos determinadas vantagens e assegurar um estado de coisas que se estabelecem dogmaticamente como certezas ou verdades absolutas” (2006, p. 269).

O pluralismo, “enquanto ‘multiplicidade dos possíveis’, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas”. (WOLKMER, 2001, p. 172). Diante disso, pondera-se que a cultura, tal como afirma Néstor García, não se limita a representar a sociedade, mas também, diante das necessidades de produção do sentido, o papel de reordenar as estruturas sociais e arquitetar novas (1983, p. 29).

Por entender caracterizado um ambiente social intercultural é que se procura efetivar práticas plurais emancipatórias. De certo, para Wolkmer (2010, p. 44), tais “pressupostos instituem-se na práxis participativa de sujeitos insurgentes diferenciados e no reconhecimento da satisfação de suas necessidades, entre as quais a vida humana com dignidade e com respeito à diversidade”. Para Antonio Manuel Hespanha, qualquer sociedade possui mais normas do que as legais. “Isto é uma aquisição antiga do ‘pluralismo jurídico’, ou seja, da ideia de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros”. (2010, p. 151) Este autor ressalta que o surgimento deste tema data dos anos 50 do século XX, na antropologia jurídica.

Wolkmer e Albernaz ensinam que o pluralismo jurídico é antes uma situação de fato do que uma construção teórica. Consoante estes autores, relaciona-se a emergência social

das experiências concretas de juricidade. “O núcleo, porém, para o qual converge esta abordagem é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de juricidade” (2010, p. 197). Apontam ainda para a existência de divisões dentro do “gênero” pluralismo jurídico, a saber: Comunitário, Estatal, Formal Unitário, Formal Igualitário, Forte e Fraco, Antropológico, Pós-moderno, Jurídico Descritivo, Jurídico Prescritivo.

No que tange à relação entre o Direito e as demandas sociais capazes de produzir juridicidade, neste intento, Wolkmer (2010, p. 312) traz duas tendências teóricas bem demarcadas nas abordagens sociojurídicas da contemporaneidade. “À medida que as sociedades se ampliam se complexificam, as normas sociais não organizadas começam a se desintegrar e a ser questionadas”, concebendo o imperativo de instrumentos formais de controle coletivo. Ademais, a sistemática das transformações sociais que comportam o pluralismo jurídico, segundo Wolkmer (2010, p. 289), compreende o reconhecimento de novos sujeitos de juridicidade, a identificação de um sistema de necessidades, a reorganização política do espaço público e a identificação de uma ética completa de alteridade.

2. PESQUISA JURÍDICA EM DEMANDAS MULTICULTURAIS

A perspectiva multicultural emana da ocupação de diferentes espaços por indivíduos que configuram identidades próprias e subjetivas de forma multidimensional. Os novos agentes de transformação social e cultural encontram na estrutura do pluralismo jurídico um processo de democratização, descentralização, participação e libertação de práticas monoculturais e injustas, já que um único sistema normativo tem se demonstrado insatisfatório para suprir as demandas sociais plurais e mutatórias. Conforme ensina Wolkmer (2010, p. 41), em uma

sociedade composta por "comunidades e culturas diversas, pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento de valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade". Para ele, o multiculturalismo se aproxima ainda de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas. Quanto aos precedentes históricos que dizem respeito ao multiculturalismo, Antonio Carlos Wolkmer traz esta análise densa:

> Autores como Adela Cortina relembram que foi na Espanha do tempo da Reconquista que se constituíram os primórdios do debate multicultural, expresso na 'convivência de três culturas – cristã, árabe e judaica – em um certo número de cidades'. Assim, cabe assinalar 'que o começo do debate do multiculturalismo data do século XVI e, concretamente, do momento da grande expansão da cultura europeia'. O vocábulo é retomado e passa a ser utilizado crescentemente nos debates acadêmicos a partir dos anos 1970, em países como Canadá, Estados Unidos e Austrália. (2010, p. 42).

De acordo com o autor supracitado, o conceito de multiculturalismo possui diferentes significados, como conservador, progressista, crítico etc.. Nas palavras de Boaventura de S. Santos e João A. Nunes, trata-se da "coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio da sociedade moderna" (2003, p. 26). Cultura e sociedade, em discussões intrínsecas, permitem abordagens que salientam "tanto a diversidade das relações sociais quanto a multiplicidade de significados dos códigos culturais, numa perspectiva dinâmica e historicamente construída pelos sujeitos sociais" (SOUSA, 2013, p. 1). Assim, as condições apre-

sentadas em um espaço social e as práticas que compõem um diário envolvido na construção de uma subjetividade, que é coletiva, definem o quadro de um território social.

No panorama nacional, percebe-se uma gama de atuações concretas e cíclicas que habilitam os novos contextos de cidadania e seus sujeitos a tomarem seus postos de modificadores das deficiências e necessidades humanas em novos direitos."O processo de legitimidade dos novos sujeitos de direitos compreende a ação libertadora que procura concretizar a meta de edificação de uma nova cultura societária de base" (SANTOS, 2006, p. 101). Ao que concerne à definição do ambiente público multicultural, versa-se sobre nova configuração acertada aos conflitos sociais e à questão do poder. "A luta não se reduz ao controle dos recursos naturais e meios de produção, à acumulação de riquezas e à conquistado poder tradicional" (SANTOS, 2006, p. 101). Dessa forma, tem-se que, para se adequar ao status de cidadão e, assim, garantir seu acesso aos espaços públicos, o indivíduo deve obedecer precipuamente ao conjunto de obrigações civis e políticas.

Na ótica dos Direitos Humanos, Wolkmer (2002, p. 47) defende ser na "perspectiva paradigmática do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base num diálogo intercultural que se deverá definir e interpretar os marcos de uma nova concepção" destes. Assim, para compreender os direitos humanos mais seguramente, deve-se direcioná-los ao multiculturalismo, ou seja, "concebê-los como novas concepções de cidadania". Ao que se refere ao ponto de encontro entre movimentos sociais, multiculturalismo e pluralismo jurídico, Wolkmer faz a seguinte análise:

> A problematização e a relevância da temática pluralista conduz, necessariamente, à discussão das pos-

> sibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos. No âmbito do Direito, a pluralidade expressa "a coexistência da normatividade diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado". Certamente que o pluralismo jurídico tem o mérito de relevar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas. Isso explica por que, no capitalismo periférico latino-americano, o pluralismo jurídico passa pela redefinição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de autorregulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas. (2010, p. 43).

Com esta perspectiva, claramente identifica-se que o reconhecimento de "outra cultura jurídica, marcada pelo pluralismo de tipo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas de sujeitos sociais, permite avançar na redefinição e afirmação de direitos humanos" (WOLKMER, 2010, p. 43), no horizonte da interculturalidade. Para Valdoir Santos (2006, p. 323), o multiculturalismo é questionado com frequência por compreender assimilar uma realidade tendente a comprometer a unidade social e política. Tal ensinamento admite a possibilidade, inclusive, de "impedir ou subverter a integração, conduzindo

os indivíduos a uma relação de fechamento no interior do grupo étnico, religioso, racial, sexual e cultural de pertença".

Neste sentido, os movimentos sociais compreendem características intrínsecas, se concebidos como protótipo de uma inovação cultural político-jurídico. Os multiculturalistas adeptos a uma compreensão política do cenário social compreendem a importância de se procurar atender às reivindicações dos diversos grupos sociais, "numa perspectiva que instaura o processo de fragmentação social, através dos mecanismos e políticas sociais que promovem uma ruptura com a cultura política liberal" (SANTOS, 2004, p. 133). Valdoir Santos traz que:

> Os movimentos sociais podem construir a sua legitimidade com fundamento em demandas específicas, de forma que a afirmação e o reconhecimento de determinados direitos ligados às demandas sociais, como o emprego, a moradia, a alimentação e educação, possam ser considerados como prioridades de toda uma organização socioeconômica e política dentro de uma realidade de um país periférico, marginal, dependente e excludente (2006, p. 101).

De acordo com Rodrigo Mioto dos Santos (2004, p. 4) por mais que algumas "práticas e teorias desenvolvam argumentos em contrário, não se pode mais negar o fato do multiculturalismo. E é nesse contexto multicultural que surgem as minorias étnicas, ou simplesmente minorias". Postula-se que a diversidade cultural decorre de uma incorporação de culturas. Através de Will Kymlicka (1995, p, 25), "uma das características distintivas das culturas incorporadas, as quais denomino 'minorias nacionais', é justamente o desejo de continuar sendo sociedades distintas da cultura majoritária da qual formam parte". Para este autor, há exigência, portanto, de diversas ma-

nifestações de autonomia ou autogoverno a fim de afirmar sua sobrevivência como uma sociedade distinta.

Boaventura de Sousa Santos defende que as sociedades contemporâneas se encontram em "estado de massificação cultural, causado pela globalização econômica e a difusão dos meios de comunicação, ao ponto de se produzir uma verdadeira crise da identidade cultural" (SANTOS, 2003, p. 56). No dizer de Luiz Otávio Ribas, os elementos de "criação cultural de um povo estão expressos em diversos níveis, sincreticamente confundidos, como a arte e a música popular, a língua, a tradição e os símbolos que podem inclusive estar captados no folclore" (2010, p. 89). Para ele, as manifestações populares de juridicidade são manifestações culturais. Afirma ainda que, "numa concepção pluralista, outras manifestações jurídicas precisam ser consideradas historicamente para a compreensão da totalidade cultural de determinada sociedade" (2010, p. 96). Neste diapasão, compreende-se que o nascedouro do direito social está na coletividade, pois no momento em que um movimento social e dialético que se organiza, gradativamente, através da participação e colaboração dos grupos igualitários existentes configura-se uma integração, "que compreende a totalidade imanente e não é imposto de fora, emergindo materialmente no âmbito dos grupos em referência" (SANTOS, 2004, p. 332).

Violeta Refkalefsky Loureiro aponta para um paradoxo reconhecido na sociedade brasileira – "quando se afirma que o país é dotado de uma legislação adequada que mesmo avançada em muitos sentidos, não atende plenamente quando se trata de realizar, no cotidiano, uma justiça social mais inclusiva e plural" (2010, p. 15), passível de satisfazer as pretensões dos pobres, dos excluídos sociais e dos etnicamente diferentes. As estruturas pelas quais a compreensão cultural impetrou a discussão e a problematização do desenvolvimento no decorrer da segunda metade do século XX se interligaram

completamente nos últimos anos. Esse exame "ensejou novos usos da categoria cultura e uma série de envolvimentos políticos por parte de vastos segmentos da sociedade civil global e, por conseguinte, de alguns organismos transnacionais, como a UNESCO" (ALVES, 2010, p. 540).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Distante da pretensão de esgotar esta temática, assume-se que o pluralismo jurídico se ramifica na teoria crítica do Direito e, além disso, é uma manifestação real e necessária no panorama da pesquisa jurídica contemporânea, pois é neste ponto de vista e com fundamento no multiculturalismo que se deverá configurar e interpretar os liames de uma nova compreensão de direitos.

Na defesa de um posicionamento multicultural e pluralista lastreado nos princípios da equivalência e igualdade social, econômica e política, questiona-se toda uma lógica capitalista que construiu um modelo societário e um modo de produção baseado na ganância desenfreada, na avareza, no cinismo e no lucro a todo o custo, como nos ensina Boaventura.

Face ao exposto, conclui-se que, ao se garantir e estabelecer de maneira multicultural os valores da sociedade atual, combatendo a crise do sistema normativo liberal-formalista e de propugnação de mutações nos padrões científicos, ascende-se novas possibilidades, na acepção de se pensar em alternativas para proporcionar igualdade e liberdade no processo de constituição das identificações minoritárias, de cidadania com justiça social e de participação democrática, o que só se torna possível através das demandas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Angela. **As Teorias dos Movimentos Sociais**: um balanço do debate. Revista Lua Nova, São Paulo, 76: 49-86, 2009.

AVRITZER, Leonardo (org.). **Sociedade Civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CANCLINI, Néstor García. **As culturas populares no capitalismo**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas. S.A., 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Estadualismo, pluralismo e neorrepublicanismo. Perplexidades dos nossos dias.** In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

KYMLICKA, Will. ***Ciudadanía Multicultural***. *Una teoría liberal de los derechos de las minorias*. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica. In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Pluralismo jurídico e multiculturalidade no caso dos índios**. 2010. Disponível em: <http:/sbsnorte2010.ufpa.br/site/anais/ARQUIVOS/

GT9-74-27-20100825110412.pdf/>. Acesso em: 18 de dezembro de 2015.

MORAIS, Sabrina. **Direito ao desenvolvimento, Direitos humanos e Pluralismo jurídico**. In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://

www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf/>. Acesso em 17 de junho de 2015.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **Pluralismo Jurídico enquanto Fundamentação para a Autonomia Indígena**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RIBAS, Luiz Otávio. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e educação popular.** In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUBIO, David Sánchez. **Pluralismo jurídico e emancipação social.** In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Valdoir da Silva. **O multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/ do-

wnload/cp02131.pdf/>. Acesso em: 15 de abr. de 2015. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/ /_8.pdf>. Acesso em: 28 de nov. de 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

__________, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18.

__________, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

__________, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: um espaço de resistência na construção de direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos. NETO, Francisco Q. Veras. LIXA, Ivone M. (Orgs.). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA APLICAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA.

Caio Silva de Sousa

INTRODUÇÃO

A democratização do país permitiu a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que por ter participação popular, segundo Bonavides (2004) lhe garantiu o apelido de Constituição Cidadã. Posteriormente, as pressões de setores organizados da sociedade pela regulamentação de diversos direitos sociais estabelecidos levaram à ampliação de direitos e ao estabelecimento de meios ao devido financiamento de sua implementação. Desde então, o poder público encontra dificuldades na política pública voltada para as ações na esfera social. Significativos avanços foram conseguidos, em quase todas as áreas setoriais, mas muito ainda precisa ser feito.

Na realidade a retirada da cidadania das pessoas com deficiência é um dos mais devastadores problemas sociais enfrentados hoje. Infelizmente não faz parte do cotidiano da sociedade buscar a mudança desse problema. Faz-se necessária

então uma discussão ampla do problema, resultando assim na convergência de alguns aspectos distintos.

O presente estudo aborda as diferenças existentes entre a situação brasileira e a de outros países, com o objetivo principal de esclarecer quais os aspectos relevantes na diferença entre as políticas públicas, bem como a sua aplicação em cada país. Assim, é de extrema importância conceituar e entender o que diz a nossa legislação sobre pessoa com deficiência, afim de realizar uma comparação.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

O universo da pessoa com deficiência pode ser interpretado em nossos dias como o espaço onde se corporificam algumas das principais questões da sociedade. Direitos sociais, consciência social, educação, saúde, medicina, tecnologia, produção e eficiência são alguns dentre tantos assuntos que estão sempre perpassando a questão dessa parcela da população.

Dessa forma, debater os direitos das pessoas com deficiência significa tratar sobre cidadania, igualdade, liberdade, democracia, dentre outros. Esses temas exigem uma série de estudos que envolvem justiça social e direitos humanos, devendo-se considerar as imposições econômicas e sociais que fazem dessa parcela da sociedade radicalmente excluída do meio social em que vivem.

O grande desafio se dá quanto à observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007 (Decreto Federal nº 6.949/09), pela ruptura do modelo adotado no Brasil, que de certa forma estigmatizava a pessoa com deficiência com a adoção de meios de efetiva inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, garantindo a convivência entre os atores sociais com e sem deficiência.

Essa mudança paradigmática exigiu uma completa reformulação do sistema brasileiro, inclusive com a mudança do modelo exclusivamente biomédico da deficiência. As terminologias utilizadas na legislação e na área médica baseada exclusivamente no Código Internacional de Doenças – CID[24], que serve de referência para as equipes multidisciplinares que emitem os laudos médicos nos atendimentos de pessoa com deficiência, foram alteradas para o Código Internacional das Funcionalidades – CIF[25].

A aludida Convenção também introduz novo conceito de deficiência, considerando o modelo social, baseado em direitos humanos. Assim, a deficiência não mais se encontra somente na pessoa, mas ela aparece na interação com fatores e barreiras existentes no ambiente, senão vejamos.

> *Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.* (Artigo 1º da Convenção – grifou-se).

Cumpre destacar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007, conforme dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratar de Convenção Internacional sobre Di-

24. A sigla CID designa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (em inglês: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* – ICD) e fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sintomas, aspectos anormais, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças.

25. A sigla CIF é um sistema novo de classificação inserido na Família de Classificações Internacionais da Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization Family of International Classifications* – WHO-FIC), constituindo o quadro de referência universal adotado pela OMS para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer ao nível individual quer ao nível da população.

reitos Humanos, e sendo aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tem equivalência à emenda constitucional.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão – LBI (Lei Federal nº 13.146/15) utiliza redação semelhante e trata-se do primeiro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados a ser traduzido para Libras (Língua Brasileira de Sinais) durante sua discussão. Seu texto preliminar ficou sob consulta pública no portal "e-democracia", mantido pela Câmara dos Deputados, por cerca de seis meses. Por meio deste canal foram encaminhadas cerca de mil propostas. A consulta pública virtual no portal "e-democracia" foi feita de uma forma que pessoas com deficiência visual conseguissem acessar e também pudessem contribuir.

A Lei Brasileira de Inclusão foi sancionada no ano de 2015, após 15 anos de tramitação, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016, com mudanças em várias áreas. É um real avanço na inclusão de pessoas com deficiência na sociedade. Um dos principais pontos desta lei é o seu objetivo de "mudar a visão sobre o conceito de deficiência", que deixa então de ser atribuída à pessoa e passa a ser vista como consequência da falta de acessibilidade que não só o Estado, mas a sociedade como um todo apresenta.

2. COMO CONSTRUIR A PARTIR DA IGUALDADE E DIFERENÇA

Um dos aspectos mais claros do preconceito em torno da deficiência é o desconhecimento do significado e da abrangência do conceito, e até mesmo da palavra deficiência. Não é necessário buscar os mais complexos meandros dos contextos que perpassam a questão, para verificar a grande frequência de erros na utilização do conceito.

Entretanto, é possível descobrir que a construção da alteridade na sociedade influenciará sua posição frente à deficiência e será fator preponderante, no mundo de hoje, com relação a discriminação desenvolvida em relação à pessoa com deficiência.

A discussão da ideia de que democracia e diferença, igualdade e deficiência podem, em um determinado ponto da história, em uma determinada hora das preocupações do indivíduo, mostrar que juntas identificam, e podem desenvolver, pontos primordiais para a construção de um mundo novo é de fundamental importância.

A grande questão a ser debatida é como superar os principais obstáculos ao equacionamento da questão da pessoa com deficiência, que não tem um opressor direto identificável, diferentemente da análise de questões como homofobia e machismo, onde o opressor é facilmente identificado.

Pela correlação democracia-diferença passam certamente importantes questões da atualidade em seus aspectos mais variados. É nessa diversidade de problemas e enfoques que poderemos compreender a diversidade do indivíduo e encontrar um ponto de reflexão para novas formas de compreender o social.

Conforme dispõe Habermas (2002) o problema das minorias explica-se pelo fato de que os indivíduos não são abstratos, ou seja, não são amputados de suas relações de origem. De acordo com esse pensamento, uma minoria discriminada só pode obter a igualdade de direitos por meio da secessão, sob pena de velhos problemas ressurgirem com outros sinais.

Entende ainda que a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas.

Nesse mesmo sentido, Santos (2010) retrata claramente as questões da desigualdade e da exclusão, quando dispõe

que a primeira está ligada a uma questão de integração social e a segunda a um sistema dominado pela segregação. Ainda segundo o Professor, os dois sistemas são tipos ideias, uma vez que na pratica esses grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois, em combinações complexas.

Dessa forma, a discriminação manterá o diferente à distância, o deficiente longe, segregado. O local escolhido desde sempre pela sociedade, está reservado ao diferente, ao deficiente, o lugar do preconceito e do estigma, mantido durante séculos através das posições assumidas de protecionismo e de paternalismo, que na verdade perpetuam a discriminação e negam a igualdade.

Assim, a falsa consciência desenvolvida pela sociedade em relação a pessoa com deficiência o define por uma absoluta diferença, diretamente ligada ao preconceito, à segregação, à discriminação. A igualdade negada pela falta atinge-o diretamente, marcando-o pela concepção de uma falta absoluta, pela definição de uma diferença insuperável, segrega definitivamente o diferente.

A construção do direito à igualdade, do respeito e da convivência com as diferenças, deve encontrar a resistência da permanência do paradigma, mas pode começar a ser efetuada, em relação a deficiência, se discutida a não-consciência existente na sociedade e procurar entender as possibilidades de um processo para sua conscientização.

Poderia uma intervenção no problema, através de um trabalho de conscientização, resultar na aceitação da diferença, na consciência da deficiência, no começo do fim da marginalização da pessoa com deficiência?

Se houvesse consciência da gravidade social do problema da deficiência, suas dimensões seriam mais circunscritas e a questão seria menos aguda. A não-consciência e a falta de consciência são alguns dos dados constitutivos da natureza social do

problema da deficiência. Pode-se acreditar que se trata de uma inconsciência, e uma inconsciência com enorme abrangência, perpassando a insensibilidade, o desconhecimento, o medo, o preconceito, a falta de informação, a ocultação da realidade, o paternalismo entre tantas outras atitudes.

A inconsciência permeia a sociedade e é a tal ponto comum que já não é percebida como discriminação e marginalização concreta do deficiente. Ela está presente em toda parte e a todo momento, na legislação, na arquitetura, no dimensionamento do espaço urbano, nos transportes, no ensino, nos serviços de saúde, na organização do mercado de trabalho dentre outros. O resultado dessa inconsciência generalizada é a boa consciência da cidade e do Estado, que assim têm oculto o problema de cidadania presente na questão da deficiência.

Como um dos principais invólucros que fazem o contorno da inconsciência em relação à deficiência aparece o desconhecimento do assunto, a falta de informação. A deficiência é de tal forma ignorada que mesmo seus conceitos mínimos fogem à grande maioria da sociedade.

A definição pela falta, a negação de qualidades, a imprecisão de abrangência e objeto fazem com que a questão não seja conhecida nem mesmo em seus aspectos fundamentais. E por isso mesmo, por esse desconhecimento, a informação está em falta. Ela não se faz necessária, ela é supérflua em uma sociedade onde o assunto não circula, formando uma relação eminentemente negativa entre desconhecimento e falta de informação.

Outra face dessa questão da inconsciência é formada pelo preconceito. Basicamente apoiadas no desconhecimento, e formadas pela construção do outro em uma sociedade onde a busca da excelência elimina a deficiência, essas duas projeções da inconsciência são fundamentais no entendimento da questão.

O preconceito conciliando desconhecimento e medo, a sociedade buscando a proteção da consciência às avessas, legitimam a discriminação e constroem um mundo à parte, com a negação do deficiente e a barreira de segregação que possibilita a não-convivência e coloca o deficiente, o diferente, à margem.

A insensibilidade por um lado e o paternalismo por outro fecham o invólucro da inconsciência, ocultando a realidade e criando um mundo onde a discriminação encontra justificativa. Pela insensibilidade distancia-se o diferente, nega-se o outro. A cidadania é ferida em seu princípio de igualdade e a sociedade reafirma a discriminação na inconsciência da questão. Pelo paternalismo aceita-se o objeto, camuflando-o em diferença, em falta, fraqueza a ser superprotegida.

São essas as principais questões que formam a inconsciência sobre a questão da pessoa com deficiência. Elas fazem com que a sociedade não perceba a inconsciência e não a conheça como forma acabada da discriminação dirigida ao deficiente. A banalização da inconsciência torna possível a convivência com a questão mesmo quando ela se transforma em um problema de dimensões sociais profundas, porque ele está colocado à parte e a sociedade dele não participa, dele não toma nem mesmo conhecimento.

3. COMO É A VIDA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE?

Desde a assinatura, em 2006, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência esta questão tem sido incorporada com maior intensidade à agenda política e social de todos os países signatários. A Convenção garante o direito das pessoas com deficiência a viver na sociedade em igualdade de condições com o resto da população, inclusive garantindo o gozo de seus

direitos, requerendo assim a instalação de uma rede idônea de assistência pessoal e outros serviços de apoio e ajudas técnicas.

Analisando por esse prisma, apresenta-se aqui os resultados da exploração das informações disponíveis sobre a situação das pessoas com deficiência na América Latina e no Caribe. Cumpre destacar que os dados disponíveis são variáveis entre os países, pois as estimativas se modificam de acordo com o grau das deficiências (leve, moderada e severa) consideradas nos questionamentos dos diversos instrumentos de medição, sejam censos ou pesquisas domiciliares e/ou especializadas.

Por outro lado, proporcionará uma visão regional das necessidades geradas pelo crescimento de um grupo da população ao qual todos podem pertencer em algum momento do ciclo de vida ou ao qual pode-se estar vinculado através do cuidado de outra pessoa.

Parte-se então da análise das complexas necessidades e implicações, como a formulação de políticas públicas com um enfoque de direitos por exemplo, levando em conta que a política voltada para as pessoas com deficiência pode ser o instrumento para obter uma vida com autonomia e independência para assumir o controle dos processos de decisões que envolvem suas necessidades e constituir o mecanismo para assegurar o exercício de seus direitos e sua participação social.

Nos países da América Latina e do Caribe, a informação obtida nos censos de 2000 e 2010 permite um cálculo aproximado do tamanho da questão. Entretanto, devido a uma importante diferenciação nos critérios de medição, é limitada a comparação entre os países, não sendo possível traçar um mapa preciso da incapacidade na região.

De todo modo, é possível estimar que atualmente cerca de 12,0% da população da América Latina e do Caribe vive ao menos com uma incapacidade, o que envolveria aproximada-

mente 66 (sessenta e seis) milhões de pessoas. Além disso, prevê-se que esta proporção aumentará devido ao envelhecimento da população e as mudanças nos estilos de vida. Isto permite prever uma pressão crescente sobre o cuidado nas famílias, sobre as redes disponíveis e os limitados recursos e serviços que o Estado destina a esses fins.[26]

Na maioria dos países as mulheres registram uma taxa de deficiência mais elevada que a dos homens, especialmente a partir dos 60 (sessenta) anos. Isto poderia obedecer ao fato de que a maior esperança de vida das mulheres aumenta a possibilidade de ter uma deficiência gerada por um acidente ou uma doença crônica.

Da mesma forma, as mulheres vivem essas etapas de suas vidas em um contexto de maior vulnerabilidade econômica e com altas expectativas de ficarem sozinhas, o que aumenta ainda mais o risco de que qualquer problema de saúde se transforme em deficiência, devido à falta de recursos que as impede de custear serviços de apoio e a ajuda técnica necessária para minorar o impacto das limitações adquiridas com a idade.

Além das mulheres, os grupos que apresentam maior vulnerabilidade econômica e social também têm taxas mais altas de incapacidade: os idosos, os habitantes das zonas rurais, os povos indígenas e afrodescendentes e as pessoas com menores rendas. Esses grupos sofrem uma maior incidência de pessoas com deficiência (ou de maior intensidade da incapacidade) por falta de atenção oportuna e por não contar com os recursos e serviços pertinentes, bem como com políticas públicas adequadas as suas necessidades.

---

26. A velocidade de expansão relativa da população acima de 60 anos na América Latina, e especificamente da população acima de 80 anos, apresenta desafios enormes aos serviços de cuidado e seu financiamento e ao tratamento da sociedade, já que haverá uma porcentagem claramente superior de pessoas com deficiências por causa deste envelhecimento.

No Chile, Costa Rica e México as pesquisas dos últimos anos mostraram uma incidência de incapacidade proporcionalmente mais alta entre os mais pobres à medida que aumenta a idade. Embora a partir dos 40 (quarenta) anos a desigualdade seja evidente, ela se torna especialmente notável nas pessoas de 60 (sessenta) anos ou mais.

Isto demonstra que existem fatores de contexto que vão exercendo um efeito cada vez maior conforme se avança o ciclo de vida, onde os recursos econômicos e sociais claramente pesam para poder antecipar-se a uma velhice com maior ou com menor autonomia. Por tal razão, são ainda mais importantes as políticas que possam contrabalançar estas diferenças de trajetórias segundo o nível de renda das pessoas.

A falta de recursos das famílias, o custo dos apoios técnicos e serviços de cuidado e os obstáculos à geração de renda que enfrentam as pessoas com deficiência e os que cuidam delas potenciam o impacto negativo das deficiências sobre a qualidade de vida dos afetados, o que inclui seu empobrecimento.

A qualidade de vida das pessoas com deficiência também está relacionada com o tipo de limitação que devem enfrentar, tanto pelas dificuldades ocasionadas pelos próprios tipos de deficiência (sensorial, intelectual ou física) como pelas diferenças na resposta do ambiente a cada uma delas quanto à capacidade de autocuidado, adaptação do meio físico, participação social, oferta de oportunidades educativas e profissionais e respeito do direito à autodeterminação.

Segundo informação de 18 (dezoito) países da região, prevalecem na América Latina e no Caribe as limitações visuais e de mobilidade, seguidas pelas deficiências da audição na América Latina e das dificuldades relacionadas com a deficiência intelectual no Caribe. A deficiência visual e a física são as que menos impacto negativo têm no acesso à educação e ao emprego, en-

quanto as pessoas com deficiências cognitivas e intelectuais ou com pouca capacidade de autocuidado são as que encontram mais obstáculos para integrar-se à atividade econômica e social.

As dificuldades para atender às necessidades de cuidado das pessoas com deficiência dependem de seu grau de autonomia funcional e de independência, que tem relação com as características dos tipos de deficiência com os quais devem viver. Por sua vez, o tipo de deficiência com a qual deve viver uma pessoa influi de maneira acentuada em suas oportunidades de participação social.

A informação sobre o auxílio escolar das pessoas com deficiência de 13 (treze) a 18 (dezoito) anos em 17 (dezessete) países da América Latina e do Caribe revela uma grande dificuldade de acesso segundo o tipo de deficiência, tendo em vista que o percentual de acesso vai desde 17% no caso das pessoas com deficiência intelectual em El Salvador, até 100% no caso das pessoas com deficiência auditiva nas Bermudas. Quanto aos resultados educativos, a deficiência visual, a auditiva e a dificuldade de locomoção são as limitações que menos atrapalham.

Seguindo essa linha, a atividade econômica das pessoas com deficiência varia em função do tipo de deficiência, uma vez que em 14 (quatorze) países observa-se que as pessoas com deficiência visual são as que têm mais facilidade para incorporar-se à força de trabalho, superando a participação econômica total das pessoas com deficiência em todos os países, com exceção de Barbados e Santa Lúcia.

As pessoas com deficiência auditiva e física têm mais oportunidades que as pessoas com deficiência intelectual. Em todos os casos, o percentual de pessoas de 15 (quinze) anos ou mais com algum tipo de deficiência que são economicamente ativas é mais baixa que o das pessoas sem deficiência.

Segundo o primeiro Relatório Mundial sobre Deficiência da Organização Mundial de Saúde, publicado em 2011, as pessoas com deficiência necessitam de apoio e assistência para conseguir uma boa qualidade de vida e participar na vida econômica e social em igualdade de oportunidades com as outras pessoas.

Embora exista uma parcela de pessoas com deficiência na América Latina residindo sozinhas, a maioria recebe cuidados e apoios por parte de membros da família com diversos sistemas de convivência. Esta situação tem um efeito importante no bem-estar emocional e financeiro da família, o que evidencia a insuficiência da oferta de políticas públicas por parte dos Estados, do mercado e das organizações civis.

Contudo, o problema vem sendo pouco enfrentado nos países da região, o que se reflete na expansão de programas governamentais que oferecem apoio aos familiares, na concessão de serviços de cuidado domiciliares e de apoio à vida independente e na implementação de programas orientados a impulsionar o gozo dos direitos econômicos e sociais por meio do acesso à educação inclusiva, emprego e cobertura de seguridade social de pessoas com deficiências.

Os tipos de programas que os governos da região oferecem não incluem serviços de atenção domiciliar para as pessoas com deficiência e seus familiares, muito menos provisão de ajuda técnica, órtese e prótese, seja diretamente ou através de financiamento para sua aquisição. Não há adaptação de moradias para as pessoas com deficiência, nem centros de cuidado e de reabilitação.

A análise mostra que uma minoria de países da América Latina e do Caribe oferece benefícios não contributivos cuja entrega é independente da atividade laboral, enquanto a maioria concede subsídios familiares, benefícios focalizados, pensão mínima garantida à pessoa com deficiência ou a seus filhos com deficiência.

CONCLUSÃO

A questão da ausência de política pública é hoje o centro das discussões, mas só poderá ser encaminhado com um movimento de construção social no qual Estado e sociedade trabalhem juntos os direitos de cidadania.

No Brasil examina-se o fracasso do Estado em desenvolver de forma centralizada esse trabalho e propõe-se uma tarefa conjunta que, harmonicamente, una as diferentes formas de contribuição para poder obter resultados mais adequados, transformadores e duradouros, através do apoio institucional do Estado no cumprimento pleno de seus deveres e da sabedoria das práticas da comunidade.

Essa tarefa é extremamente difícil em um país com nossas características de pobreza, marginalidade e violência, mas o significado dessa aproximação é altamente positivo e dele poderá resultar uma nova dimensão de encaminhamento para nossas questões sociais.

Aqui a parceria Estado e Sociedade tem na questão da pessoa com deficiência um significado diferente, que resulta de omissão e descaso. O lugar da omissão e o vazio da irresponsabilidade teve que ser ocupado pela comunidade das pessoas com deficiência, por aqueles que, através da necessidade, tiveram que encontrar soluções imediatas, e é por isso que no Brasil grande parte de seu atendimento é realizado precariamente por instituições da sociedade civil.

As ajudas técnicas e os métodos e técnicas de educação e saúde possibilitariam que essa população vivesse perfeitamente integrada e tivesse sua cidadania plenamente exercida, e é isso que acontece em outros países mas não é assim no Brasil.

Também em relação às órteses e próteses para o deficiente físico, aquele que tem dificuldades motoras, o mesmo perfil desumano de concessão é repetido. O Estado presta como fa-

vor o que é sua obrigação, ou a sociedade faz como caridade o que é obrigação do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Convenção da ONU asseguram uma discriminação positiva às pessoas com deficiência: que elas sejam privilegiadas e não excluídos.

O movimento de pessoas com deficiência existe e diferentes foram suas formas de nascer e sobreviver, mas todas tiveram um sentido de necessidade e reivindicação comum: enfrentar, com as infinitas e solitárias possibilidades do homem, o vazio criado pela falta de consciência generalizada do Estado e da Sociedade no atendimento à pessoa com deficiência.

O desconhecimento, o medo, o preconceito e o paternalismo tornaram a discriminação de tal modo banal que em toda parte encontramos seus sinais: nas ruas, no transporte, no ensino, no mercado de trabalho, nos centros de saúde. Essa atitude permeia instituições públicas e privadas e não é percebida como marginalização.

E foi dessa inconsciência generalizada que se transformou o que era direito e dever em favor.

E essa violência faz parte do olhar da sociedade sobre a pessoa com deficiência e é como se os que trabalham com a questão estivessem sob o mesmo estigma. O olhar do outro, o olhar de quem se dispõe a escutar o assunto é o olhar de estar frente a algo que constrange, como já se anunciasse o pedido de esmola. E ninguém gosta de pedir esmola.

O direito de cidadania dado como favor é uma violência. A esmola do apoio suplicado a projetos e demandas mínimas é uma violência. E é a isso que a pessoa com deficiência está sujeita: a conquistar seus direitos de cidadania pela vertente do favor.

Não é de favores que essa parcela da população precisa, mas sim do cumprimento do dever do Estado de dar acesso aos diferentes serviços que formam e constroem a cidadania de cada um

dos cidadãos. O que se precisa do Estado, da Sociedade e de cada comunidade é um novo olhar de respeito e a efetiva inclusão.

Não se quer mais a violência do favor para os milhões de brasileiros que não têm cidadania e nem do Estado como favor o que é devido como obrigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência:** direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** Coord: FERRAZ, Carolina V.; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 5 ed., Brasília, OAB, 2004, 479-481

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

______. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

______. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Defici-

ência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_______. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

_______. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4 ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

MENDEZ, Juan. O`DONNELL, Guilhermo. PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

NEME, Eliana Franco. **Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas**. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: RT, 2005.

PanoramasocialdaAméricaLatina2012-Disponívelem: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

______. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. (Coord.). A **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: versão comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso.** 2. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WALZER, Michel. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAFITE/ARTE, PICHAÇÃO/ CRIME? ANÁLISE DO CASO PAULISTANO À LUZ DO DIREITO AMBIENTAL E DA CRIMINOLOGIA CULTURAL

Gabriel Antonio Silveira Mantelli
Julia de Moraes Almeida

INTRODUÇÃO: DIREITO NOS LIVROS, ARTE NAS RUAS

É natural compreender que as pichações são borrões, estragos na paisagem urbana e que os grafites são como expressões de uma arte contemporânea engajada? Qual o papel da lei e das políticas públicas na compreensão dessa temática?

No primeiro semestre de 2017, a metrópole paulista enfrentou, mais uma vez, o debate sobre a (des)valorização do grafite e a criminalização das denominadas pichações. De um lado, o novo projeto de zeladoria urbana da gestão municipal, "São Paulo Cidade Linda", chamou a atenção do público ao remover os painéis de grafite da Avenida 23 de Maio, no centro da capital paulista (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017). De outro, enrijeceu o combate às pichações por meio de políticas de criminalização mais duras contra seus praticantes (FOLHAPRESS, 2017).

Tais episódios, que nada têm de novo enquanto elementos sociopolíticos de intolerância cultural, nos dão a oportunidade de enfrentar a questão das políticas culturais, criminais e ambientais relacionadas à pichação e ao grafite por meio de um olhar jurídico analítico e crítico. Para tanto, o presente trabalho se apoiará nos aportes teóricos da criminologia cultural e do direito ambiental.

A metodologia utilizada é a de revisão bibliográfica do conjunto teórico supracitado, assim como a de análise do arcabouço normativo posto para as questões da temática tratada, com caráter descritivo e dialético. Aqui, não nos propomos ao estudo dos casos da pichação e do grafite em termos normativos puros, ou seja, não intentamos valorar *se* o direito acerta ou erra ao criminalizar a pichação enquanto conduta desviante e teoricamente valorizar o grafite enquanto conduta cultural. O que nos propomos, na verdade, é compreender *como* o direito se insere em tais debates por meio de abordagens jurídicas interdisciplinares e sociologicamente orientadas.

Em um primeiro momento, apresentamos a questão do grafite e da pichação em São Paulo e o registro histórico das gestões executivas municipais a partir dos anos 2000. Em seguida, elencamos a legislação e as políticas públicas municipais relacionadas aos casos de pichação e de grafite. Por fim, apresentamos as abordagens do direito ambiental e da criminologia cultural para problematizar os debates postos neste trabalho.

1. SÃO PAULO: CAPITAL DO GRAFITE?

Estudos indicam que as primeiras pichações, tal qual as entendemos contemporaneamente, começam a aparecer por São Paulo entre as décadas de 1970 e 1980 (MARTINS, 2017). Um destes estudos, focando no caso do grafite, procura compreender porque esta manifestação cultural presente nas ruas

e, portanto, parte da expressão popular cotidiana da capital paulista há tantas décadas, não era aceita em museus (VERANO; OLVEIRA, 2014). O episódio foi a recusa do Museu de Arte de São Paulo (MASP) em receber a exposição Vertigem dos grafiteiros OsGêmeos em 2008. Na época, a justificativa dada pela instituição foi a de que as obras traziam uma mensagem imediatista e superficial. Entretanto, devido à repercussão extremamente negativa da recusa, quatro anos, depois a exposição foi requisitada, demonstrando uma mudança institucional ainda que forçada.

Outro estudo trata do grafite como arte transgressora que procura ocupar espaços urbanos até então tidos como abandonados, trocando o cinza pela arte (FRANCO, 2009). Constata que este tipo de manifestação artística nunca teve investimentos ou preocupações por parte do poder público brasileiro, o que também ocorreu historicamente em São Paulo. No âmbito das administrações públicas municipais, apesar de conhecida como Capital do Grafite, São Paulo tem histórico de gestão político-administrativa controversa quanto ao tratamento dado aos desenhos nas edificações da cidade.[27]

Na ótica da legislação urbanística e da implementação do Plano Diretor Estratégico da cidade de São Paulo, disposto na Lei nº 16.050/2014, a gestão municipal deveria se pretender arraigada com princípios descritos neste documento normativo com relação ao estímulo às artes de forma mais plural e inclusiva, como é o caso do grafite. Evidente que

---

27. Atesta a mesma pesquisa: "Nenhuma das administrações públicas foi, contudo, capaz de disponibilizar aqui, dispositivos tão sofisticados quanto os que vigoram na Europa e Estados Unidos. O que foi feito em nosso contexto consistiu em jogar com ações que apoiam, ao mesmo tempo que reprimem e apagam as expressões dos grafiteiros. No governo da Marta Suplicy (2000 a 2004), houve o programa Belezura, que apagou várias obras, e o projeto São Paulo Capital do Grafite, que promoveu painéis por toda cidade. No atual governo, da gestão Serra/Kassab, ao mesmo tempo que houve o apoio à pintura do túnel em homenagem aos 100 anos da Imigração japonesa, foi lançado o Programa Cidade Limpa, que sistematicamente pinta de cinza todos os grafites presentes nas vias públicas." (FRANCO, p. 144).

existem pressões sociais e até eventos de cunho partidário que desnorteiam essas políticas, principalmente depois das manifestações realizadas em massa pela cidade que deixaram mensagens ao cenário político política nacional. Diferenciar vandalismo e arte, por exemplo, segue na história de controvérsias e embates sobre manifestações artísticas na urbe; seguem como polos diferentes em um debate sobre o que é preservação e o que é cerceamento do acesso ao que é coletivo.

2. UM OLHAR PARA A LEGISLAÇÃO PAULISTANA E PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

Para um olhar minucioso, a compreensão da legislação municipal de São Paulo se faz necessária. A Tabela 1 elenca as normas que se relacionam com as temáticas da pichação e do grafite. Até os anos 2000, nenhuma lei municipal tratava do gerenciamento dos casos de pichação ou abordava o incentivo às políticas culturais do grafite. Há certa menção às pichações apenas em duas normas, as quais tratam do assunto de forma secundária: a Lei nº 11.378/1993, que estabelece a proibição da venda de tintas spray para jovens menores de 18 anos, e o Decreto nº 37.569/1998, que trata de propaganda eleitoral e proíbe a prática do grafite para esse fim.

Legislação municipal relacionada aos temas pichação e grafite	
Norma	**Finalidade**
Lei nº 11.378/1993	Proíbe a venda de tintas em *spray* a jovens menores de 18 anos de idade.
Decreto nº 37.568/ 1998.	Dispõe sobre a veiculação de propaganda eleitoral nas vias e logradouros públicos e nos próprios municipais.
Lei nº 13.903/2004	Institui o Dia do Grafite.
Lei nº 14.451/2007	Institui o Programa Antipichação.
Lei nº 16.612/2017	Institui o Programa de Combate às Pichações.
Decreto nº 57.616/2017	Regulamenta o Programa de Combate às Pichações.

Tabela 1: autoria própria.

Este cenário muda a partir dos anos 2000. Em 2003, o Projeto de Lei nº 760/2003 pretende incluir no calendário oficial da cidade o Dia do Grafite, que é aprovado e instituído por meio da Lei nº 13.903/2004. Em 2005, dois projetos de lei pretendem agir sobre as pichações: o Projeto de Lei nº 645/2005, de autoria do governo municipal, e o Projeto de Lei nº 56/2005. O primeiro deles é aprovado e, por meio da Lei nº 14.451/2007, é implementado o Programa Antipichação. Esta lei, por sua vez, é revogada em 2017 quando, ao desengavetar o segundo Projeto de Lei de 2005 (Projeto de Lei nº

56/2005), a gestão municipal aprova a Lei nº 16.612/2017, que cria o Programa de Combate às Pichações. Esta, por sua vez, é regulamentada por meio do Decreto nº 57.616/2017.

Interessante notar que, do ponto de vista de políticas públicas, nenhum dos projetos de lei que buscam incentivar o grafite foi aprovado na capital até o momento, com exceção ao Dia do Grafite (de caráter meramente simbólico). O Projeto de Lei nº 389/2007 almeja há uma década instituir o Projeto Grafite na cidade com a ideia de disponibilizar nos Centros Unificados de Estudos (CEUs) aulas da arte da grafitagem. Por sua vez, o Projeto de Lei nº 840/2013 intenta regular a utilização de espaços da cidade para a arte do grafite. Mais recentemente, após a instauração do "Programa São Paulo Cidade Linda", outros dois projetos legislativos foram submetidos. Primeiro, o Projeto de Lei nº 219/2017 prevê a criação do Programa de Incentivo e Desenvolvimento da Arte do Grafite e murais em territórios da cidade; e segundo, o Projeto de Lei nº 227/2017 intenta definir o grafite como movimento artístico cultural urbano de caráter popular da cidade de São Paulo. Como dito, e entendemos como sintomático, nenhum desses projetos foi aprovado até o momento.

Se olharmos sob a ótica penal, a pichação e o grafite começam a ser criminalizados no Brasil durante a Ditadura Militar. Afinal, manifestar-se emitindo mensagens nas paredes e muros da cidade era sinal de resistência. Aqui, destacamos o portal eletrônico do grupo de ativistas "Artistas na Rua",[28] que, em um dos seus manifestos, falam sobre a controversa diferenciação feita pela legislação brasileira que procurou definir o que é grafite e o que é pichação. O grafite seria arte, mas a pichação seria o que degrada o ambiente público. A grande polêmica sobre o assunto é que um é arte e outro não, entretanto,

28. Para mais informações sobre o grupo Artistas na Rua, vide: <http://www.artistasnarua.com.br/textos/grafite-e-pichacao>. Acesso em: 14 set.2016.

quem pode definir o que deve ser aceito como arte? A legislação ambiental acabaria por inibir as apresentações artísticas na cidade quando define que um é aceito socialmente e o outro não, questão que abordaremos melhor a seguir.

3. DIREITO PENAL AMBIENTAL E CRIMINOLOGIA CULTURAL

Do ponto de vista do direito ambiental, a construção de uma lógica jurídica de proteção tem como norma maior o artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Dela, o sistema normativo depreende que aos cidadãos existe um direito de possuírem um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever, junto com o Estado, de protegê-lo em termos intergeracionais (SILVA, 2009). Ademais, tal sistemática se estabelece, no plano infraconstitucional, principalmente pelas disposições da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) e pela exegese dos princípios que norteiam o debate nesta seara, elencados na doutrina jurídica e derivados de tratados internacionais.

Além da ideia de sustentabilidade, uma das principais gramáticas desse sistema advém do dualismo direito-dever que é o da garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a máxima de proteção e defesa desse bem pela coletividade e pelo Estado, inclusive em termos intergeracionais. Aqui, importante salientar que o direito ambiental reconhece como meio ambiente a utilização de uma acepção ampla das relações entre sociedade-natureza, incluindo não só a ideia mais restrita de bens naturais como também outras esferas de compreensão ambiental, nomeadamente os ambientes laboral, cultural e artificial (construído, urbano).

Para este último, vê-se que cada vez mais o direito ambiental e o direito urbanístico acabam por normatizar condutas para a implementação de espaços urbanos mais alinhados com os discursos normativos da seara ambiental (MUKAI,

2002). Neste tocante, a busca por cidades sustentáveis pode ser elencada como uma tônica norteadora do direito e das políticas públicas no âmbito municipal assim como dos movimentos sociais e da sociedade civil que reivindicam espaços públicos mais inclusivos, plurais e democráticos. De um lado, o discurso jurídico-estatal instrumentaliza determinadas decisões políticas para a consecução desse objetivo; de outro, as mobilizações civis balizam os resultados do último ao exteriorizar expressões de apoio ou repúdio.

Somado a esse cenário, há o terreno comum do histórico de construção urbana caótico, desordenado, às bordas de um sistema produtivo que, à luz de teóricos críticos, estigmatiza e exclui determinadas camadas sociais (ROLNIK, 1997). Nesta esfera de análise é que o uso do aparato jurídico para objetivos de sustentabilidade e ordenamento ambiental pode ser interpretado não só como normativo, mas também como político. Quer dizer que, para além da análise isolada do direito, é possível se debruçar sobre as questões urbano-ambientais com lentes, agora em um sentido jurídico mais amplo e sociologicamente orientado, que buscam compreender como esse direito é utilizado e quais são seus objetivos secundários, que não aqueles dispostos primariamente nas justificativas normativas.

A criminalização de condutas é considerada, para usar o jargão jurídico, a *ultima ratio* do direito, ou seja, a última possibilidade de normatização de condutas. Em nosso ordenamento, importante pontuar que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente estão sujeita à chamada responsabilidade tríplice. Quer dizer que, para um ato que infrinja as normas ambientais, haverá a possibilidade de responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal. No caso que analisamos, a criminalização da pichação se dá por meio da legislação ambiental. A Lei de Crimes Ambientais (Lei

nº 9.605/1998), em seu artigo 65, estabelece que é crime "pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano". Até 2011, não havia a diferenciação entre a pichação e o grafite, o que se deu por meio da edição da Lei nº 12.408/2011, que alterou o dispositivo em tela ao dispor, no segundo parágrafo do mesmo, que "não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário".

A ecologia política é um ramo do conhecimento que estuda como se dá a apropriação do ambiente pela sociedade e pelas forças produtivas e os reflexos dessas relações em diversas camadas de análise (ALIER, 2009). Dentre elas, os conflitos ecológicos distributivos destoam como um campo de análise bastante frutífero para compreender porque determinadas camadas da população sofrem as consequências adversas das externalidades negativas do sistema produtivo.

O movimento por justiça ambiental, dentro desse contexto, chama a atenção para essa questão ao reivindicar que nenhuma população deve se sujeitar a tais circunstâncias (RAMMÊ, 2013). No limite, vê-se que até mesmo políticas ambientalmente orientadas, como o caso do direito ambiental para proteção do patrimônio urbano, acabam por discriminar determinados setores vulneráveis da população quando, na verdade, deveriam se focar em corrigir outras assimetrias e injustiças distributivas.

Por sua vez, a criminologia, enquanto ciência empírica, baseia-se na observação de atos sociais e conjunto de comportamentos humanos para estudar e tentar explicar a ocorrência de crimes (SHECAIRA, 2011, p. 42). Shecaira acredita que é "a cidade que produz as diferenças nelas constatadas e não se pode, naturalmente, ignorar o ponto de partida que é a sua estrutura ecológica" (2011, p. 165). Segundo a crimino-

logia, portanto, “a vida urbana é o resultado de uma ampla e complexa adaptação à essência do urbano, essência que não está definida nem pelo fato da alta densidade, nem pela heterogeneidade de seus habitantes” (2011, p. 169).

O estudo norte americano intitulado *Urban Grafitti: Crime, Control and Resistence* deu início ao que se pode descrever como uma vertente criminológica que procura analisar a criminalização de condutas artísticas que confrontam os ditames sociais predominantes (FURQUIM; LIMA, 2015). Para essa corrente, a expressão cultural da população expõe aquilo que não se quer solucionar porque não é interessante ao sistema e, por isso, deve ser barrada. O termo para indicar esta abordagem ganha o nome de criminologia cultural, procurando demonstrar que a lei criminal serve como instrumento para segregar. Nesta linha, os operadores da lei estariam em função de classes dominantes que pretendem manter a divisão econômica fisicamente proporcionada pelas urbes (DIAS; ANDRADE, 1984).

Desta maneira, podemos observar neste trabalho que as estruturas de gestão aplicadas nas últimas décadas à cidade de São Paulo pretenderam desestimular a livre manifestação do grafite. Apesar da metrópole ser conhecida como a Capital do Grafite, pode-se vislumbrar que tal manifestação cultural conta com respaldo social flutuante, à mercê dos contextos e das pressões midiáticas, e com pouca capilaridade legislativa. No limite, determinadas políticas higienistas, aquelas que buscam adotar padrões estéticos desproporcionais às consequências dessas atitudes (com violações de direitos humanos, por exemplo), a que a urbe paulista foi submetida ao longo dos últimos anos indicam, ao contrário do desejado, que as pinturas nas paredes da cidade foram sendo vetadas e encurraladas para partes menos privilegiadas, não permitindo a inserção e o confronto de ideias divergentes expressa em desenhos nos muros, nas paredes, no imaginário popular.

Vê-se o seguinte. O que o grafite procura mostrar são desigualdades, tanto estéticas (ao apresentar um novo olhar para além do modelo hegemônico de consumo artístico) quanto sociais (quando representa o cotidiano das periferias, ou seja, ambientes socioeconômicos menos favorecidos). As desigualdades mostradas por meio deste tipo de arte são expressas em muros de grande circulação e que várias classes econômicas diferentes têm acesso, conseguindo promover o choque cultural e alertar aquele que possui condições sociais mais privilegiadas de que existem mazelas não solucionadas na urbe. Assim como fazem os pichadores, em suas manifestações de contracultura e denúncia social máxima. Estas mazelas presentes devem ser mostradas para que as políticas públicas não as deixem no esquecimento, promovendo a criação de uma sociedade mais justa e igualitária.[29]

Com esse quadro, podemos estruturar três problematizações. Primeiro, a legislação não esclarece o que seria pichação e o que seria grafite. Aparentemente, aquilo que é autorizado pelo proprietário do imóvel modificado é grafite e aquilo que não é permitido, é pichação. Segundo, as normas deixam a cargo dos fiscais da lei (dos agentes ambientais, por exemplo) a discricionariedade para estabelecer o que é pichação e o que é grafite. Terceiro, a legislação estabelece e reforça a dualidade pichação/grafite tendo como fundamento a criminalização das condutas no seguinte raciocínio: pichação é degradação e não é arte, então é crime; grafite não é degradação e é arte, então não é crime.

---

29. Ainda que fuja do escopo desse trabalho, é possível, por meio da criminologia crítica, contestar a criminalização da pichação. À luz da criminologia cultural, pode-se argumentar, então, que ao criminalizar as pichações e não incentivando os grafitos estar-se-á, também, cerceando o direito à livre manifestação, privando a sociedade de exercer direito democrático a ela assegurado. Esta repressão estatal é elitista, afinal, procura fazer com que apenas uma parte da população se manifeste e a outra, aquela que denuncia o sofrimento e desigualdade se cale. A criminologia critica pode ser usada, assim, para esclarecer o motivo ideológico para estas leis repressoras.

CONCLUSÃO

Atualmente, pichação e grafite representam dois lados de uma mesma moeda. Ambos os conceitos estão relacionados com a intervenção pictórica em um espaço urbano delimitado com finalidades diversas, desde contestação social até expressão artística. Neste trabalho, pudemos analisar, ainda que sucintamente, a legislação atinente às duas práticas. Em uma leitura atenta, compreendemos que, no plano normativo, a pichação é considerada um crime contra ambiente urbano e o grafite, uma expressão de arte que valoriza as cidades. No caso paulistano, em que elencamos as normas e as políticas públicas relacionadas às temáticas, observamos que a legislação municipal mais instrumentaliza a punição dos pichadores do que incentiva políticas culturais para os grafiteiros.

Temos que as normas reforçam a dualidade pichação/grafite: pichação é degradação e não é arte, então é crime; grafite não é degradação e é arte, então não é crime. Vislumbramos duas consequências: no limite, o fiscal da lei acaba por decidir o que é arte e o que não é; e a pichação é deslegitimada pelo direito, uma vez que sai da categoria de arte e entra na categoria de poluição visual, degradação, crime.

Com as lentes da criminologia cultural e do direito ambiental, pudemos construir raciocínios que se retroalimentam. A criminologia cultural demonstra que as políticas criminais se utilizam dos mecanismos de penalização para atingir determinadas camadas da população e o direito ambiental, enquanto plano normativo, acaba por servir de instrumento para esse fim. Os movimentos reivindicatórios atestam para esse aporte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres*. São Paulo: Contexto, 2009.

FRANCO, Sergio Miguel. *Iconografias da metrópole: grafiteiros e pixadores representando o contemporâneo*. 2009. Dissertação (Mestrado em Projeto, Espaço e Cultura) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FURQUIM, Saulo Ramos e LIMA, Luiz Gustavo Stefanuto. Aportes iniciais sobre a criminologia cultural e a pertinência no universo subcultural. *Revista Transgressões* – Ciência Criminal em debate. Natal, vol. 3, n. 1, maio 2015.

MARTINS, Júnia. Cinza nos muros: gerenciamento da produção de grafite e criminalização da pichação na cidade de São Paulo. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA DE FOLKCOMUNICAÇÃO, XVIII, 2017, Recife. *Anais*... Recife: UFRPE/FACIPE, 2017. Disponível em: <http://anaisfolkcom.redefolkcom.org/index.php/folkcom/article/view/69/66>. Acesso em: 02 jun. 2017.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

RAMMÊ, Rogério Santos. A justiça ambiental e sua contribuição para uma abordagem ecológica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 69, jan. 2013.

ROLNIK, Raquel. Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social. In: ROLNIK, Raquel; CYMBALISTA, Renato (Org.). *Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social*. São Paulo: Pólis, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VERANO, Paulo Nascimento; OLIVEIRA, Lúcia Maciel Barbosa de. Por uma política cultural que dialogue com a cidade: o caso do encontro entre o MASP e o *graffiti* (2008-2011). In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, XV, 2014, Belo Horizonte. *Anais*... Disponível em: <http://enancib2014.eci.ufmg.br/documentos/anais/anais-gt3>. Acesso em: 6 ago. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Doria passa tinta cinza e apaga grafites da Avenida 23 de Maio.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1852162-doria-passa-tinta-cinza-e-apaga-grafites-da-avenida-23-de-maio.shtml>. Acesso em 01 jun. 2017.

FOLHAPRESS. *Doria endurece e veta até grafite*. Disponível em: <http://www.folhape.com.br/noticias/noticias/brasil/2017/02/21/NWS,18731,70,450,NOTICIAS,2190-DORIA-ENDURECE-VETA-ATE-GRAFITE.aspx>. Acesso em 01 jun. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia:* o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revistalabverde/article/download/61920/64747>. Acesso em: 17 set. 2016.

AS VÁRIAS FACES DO POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Horácio Lopes Mousinho Neiva

INTRODUÇÃO

Não é fácil oferecer uma caracterização geral do positivismo jurídico. Essa dificuldade, é verdade, não é específica dessa posição teórica, e pode ser encontrada (e provavelmente será) na caracterização de qualquer "escola" de pensamento: dada a diversidade de autores e de teses, é difícil (e sempre questionável) identificar aquilo que pode ser razoavelmente considerado o núcleo duro comum a todos os membros de determinada "tradição" teórica (DICKSON, 2012, p. 48).

Como primeiro passo para entendermos as diversas faces dessa corrente, podemos utilizar a formulação de John Gardner daquilo que seria o núcleo central do positivismo jurídico contemporâneo. Utilizo essa formulação específica por considerá-la clara e concisa e também por ser uma formulação bem aceita entre a comunidade de teóricos do direito (o artigo no qual Gardner a apresenta é um dos mais lidos e citados a respeito do tema, sendo utilizado como referência inclusive por alguns críticos do positivismo). Para Gardner, a tese central do positivismo jurídico pode ser formulada da seguinte maneira:

“Em qualquer sistema jurídico, se uma norma é juridicamente válida, e se ela faz parte, assim, do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos (onde os seus méritos, no sentido relevante, inclui os méritos de suas fontes)” (GARDNER, 2012, p. 21).

Formulações semelhantes daquilo que poderia ser considerado o núcleo do positivismo jurídico podem ser encontradas, por exemplo, em Marmor (2001, p. 71) e Raz (2011, pp. 37, 319), o que sugere que a formulação de Gardner serve de fato como uma razoável síntese do núcleo das diversas teorias positivistas. De acordo com ela, não há uma conexão necessária entre valores morais e os *critérios de validade jurídica*. Para sabermos se uma possível norma *p* faz ou não parte de determinado sistema jurídico *S*, devemos investigar suas fontes (caso existentes) e não seus méritos intrínsecos. A dimensão dessa tese varia, no entanto, de acordo com a versão do positivismo com a qual estamos lidando. Para os assim chamados positivistas inclusivos, valores morais podem funcionar como critérios de validade jurídica, desde que sejam incorporados como critérios relevantes por alguma fonte social específica. Para eles, é possível existir uma conexão entre direito e moral (entendida essa conexão de acordo com a fórmula de Gardner), mas ela não é necessária. Para os positivistas exclusivos, ao contrário, além de não ser necessário que valores morais figurem como critérios de validade jurídica, isso não é sequer conceitualmente possível: a separação entre direito e moral (mais uma vez, entendida essa separação de acordo com a fórmula de Gardner) é necessária e não simplesmente contingente. A conclusão de Gardner, então, é que o positivismo jurídico é “uma tese apenas sobre as condições de validade jurídica” (GARDNER, 2012, p. 49).

A separação entre valores morais e critérios de validade jurídica, no entanto, não representa a única face do positivismo jurídico contemporâneo. Alguns positivistas, nos últimos anos, têm defendido não só uma das duas versões da tese da separação sintetizada na fórmula de Gardner, mas também um outro tipo de separação: a separação entre valores morais e a própria teoria do direito. De acordo com essa tese, para construirmos teorias do direito não é necessário realizar qualquer tipo de julgamento de valor moral a respeito do nosso objeto de estudo. Isso quer dizer que, no momento de nos decidirmos a respeito da verdade ou falsidade do positivismo jurídico (como sintetizado na fórmula de Gardner), ou mesmo de qualquer outra tese substantiva do campo da teoria do direito, o "valor moral" expresso na tese não entrará no conjunto de razões relevantes para sua aceitação.

1. POSITIVISMO JURÍDICO: METODOLÓGICO E SUBSTANTIVO

Para diferenciar e explicar as afirmações acima, utilizarei a distinção feita por Stephen Perry (1996, p. 361, 1998, p. 467, 2004, p. 311) entre as versões (ou faces) *substantiva* e *metodológica* do positivismo jurídico. Os positivistas *substantivos* defendem alguma versão (inclusivista ou exclusivista) da tese da separação sintetizada na fórmula de Gardner. Para eles, para determinarmos se uma norma é ou não juridicamente válida não é necessário (para alguns, sequer é possível) recorrer a valores morais. Os positivistas *metodológicos*, por sua vez, sustentam que a própria teoria do direito é moralmente neutra e puramente descritiva: suas teses não dependem, para ser verdadeiras, de algum tipo de teste moral. Para sabermos, por exemplo, se a famosa tese das fontes de Joseph Raz é ou não é correta, não é nem preciso nem

desejável, de acordo com um positivista metodológico, que recorramos a valores morais ou investiguemos a utilidade, justiça ou praticidade do conteúdo da tese.

Ainda que ambas as faces (substantiva e metodológica) recebam o nome de positivismo jurídico, elas afirmam proposições logicamente distintas (PERRY, 1996, p. 361). Não há, assim, nenhum tipo de inconsistência ou contradição em um positivista metodológico que defenda, por exemplo, uma versão do jusnaturalismo de acordo com a qual uma norma, a despeito de passar num teste de *pedigree* relevante, será juridicamente inválida se for também moralmente iníqua. H.L.A. Hart, é verdade, era tanto um positivista jurídico substantivo (pois defendia uma versão inclusivista da tese da separação (HART, 1994)) quanto um positivista jurídico metodológico (pois defendia a inércia normativa moral da teoria do direito). A relação entre essas duas faces, no entanto, não é necessária: é logicamente possível tanto um positivista metodológico defender uma forma de jusnaturalismo substantivo (como é o caso, por exemplo, de Michael S. Moore), quanto um não-positivista metodológico defender uma forma de positivismo substantivo (como é o caso, por exemplo, de Jeremy Waldron). Isso não significa que qualquer uma dessas combinações será correta, mas tão somente que não há contradição lógica num autor que defenda uma ou outra.

A divisão entre dois níveis ou faces do positivismo torna a própria pertinência do uso do termo "positivismo" questionável. Quando concebemos a possibilidade de um positivista metodológico ser um jusnaturalista substantivo, o uso do termo "positivista" ou perde a importância ou torna-se confuso: afinal, quando nos referimos simplesmente a "positivismo jurídico", de que variante estamos tratando? Esse é um problema real, e alguns autores têm insistido que o melhor, para evitá-

-lo, é abrir mão, na discussão filosófica, do uso de "rótulos". Os rótulos, no entanto, são de uso corrente no debate teórico contemporâneo, e abrir mão de todos eles pode mais dificultar do que ajudar no engajamento com a literatura especializada. Em todo o caso, a melhor solução para a questão parece ser a seguinte: em primeiro lugar, clareza – sempre deixar o mais claro possível com que tipo de positivismo estamos lidando; em segundo lugar, bom senso – não devemos dar mais peso às definições e rótulos do que eles de fato possuem. O que nos importa é saber se uma tese é ou não verdadeira, e não se podemos ou não chamá-la de positivista.

2. A RELAÇÃO ENTRE POSITIVISMO METODOLÓGICO E POSITIVISMO SUBSTANTIVO

Voltemos ao ponto central do artigo: há pelo menos duas teses distintas associadas aos autores positivistas. A primeira, e mais comum, é aquela capturada na fórmula de Gardner de acordo com a qual há uma separação (necessária ou contingente) entre valores morais e critérios de validade jurídica; a segunda é aquela que diz que para construirmos teorias do direito não é preciso (nem recomendável) utilizar argumentos morais. Uma tese não implica logicamente a outra. Ainda assim, as duas se relacionam da seguinte maneira: para um autor que subscreva ao positivismo metodológico, os argumentos que ele poderá se valer para decidir-se pela verdade de sua tese substantiva a respeito da validade jurídica não incluirão argumentos morais. Se um autor rejeita o positivismo metodológico, por sua vez, isso não significa que ele deva também subscrever a uma versão de não-positivismo substantivo: é possível que ele defenda a tese exclusivista da separação entre valores morais e critérios de validade jurídica

com base em argumentos *morais*. Em ambos os casos, a verdade ou falsidade da tese substantiva dependerá diretamente dos argumentos permitidos pela tese metodológica. A mais importante consequência desse ponto é a seguinte: um autor poderá ser criticado ou por defender uma tese substantiva equivocada ou por subscrever a uma tese metodológica equivocada. Se conseguíssemos mostrar, por exemplo, que a análise conceitual não resiste às críticas metodológicas naturalistas, a teoria do direito de um autor que aplique essa metodologia estará errada não por conta de sua tese substantiva (que pode estar correta de acordo com outra metodologia que julguemos adequada), mas por conta de sua tese metodológica.

Diante do quadro traçado acima, é possível notar que os debates contemporâneos em teoria do direito operam em dois níveis distintos. O debate entre positivistas inclusivos e exclusivos, por exemplo, tende a operar apenas no nível substantivo: ambos os lados aderem ao positivismo metodológico (i.e., entendem a teoria do direito como um empreendimento moralmente neutro e puramente descritivo) enquanto disputam qual é a melhor explicação do direito de acordo com esse compromisso metodológico básico. Por outro lado, a crítica, por exemplo, de John Finnis (2011) ao positivismo em *Natural Law and Natural Rights* dirige-se não à tese positivista substantiva, e sim à tese metodológica que apoiaria essa tese substantiva: não é que, para Finnis, valores morais devam servir (ou de fato sirvam) como critérios relevantes de validade jurídica; é que, para ele, para decidirmos se isso é ou não é o caso, devemos construir uma teoria normativa que utilize avaliações morais.

Ter em vista os diversos níveis do debate nos permite distinguir os diversos tipos de disputas que ocorrem atualmente no campo da teoria do direito. Positivismo *substantivo* e positivismo *metodológico* indicam não apenas duas faces do po-

sitivismo jurídico, mas dois níveis distintos de debate na teoria do direito contemporânea. Oberdiek & Patterson (2007, p. 60) utilizam os termos *primeira* e *segunda ordem* para fazer uma distinção similar. As questões de primeira ordem seriam aquelas relativas à verdade ou falsidade da tese central do positivismo (em especial – mas não exclusivamente -- àquela a respeito das condições de validade jurídica); as questões de segunda ordem, por sua vez, diriam respeito ao problema de saber "como se deve fazer teoria do direito" (Oberdiek & Patterson, 2007, p. 60). Nesse sentido, há tanto um positivismo de primeira ordem quanto um positivismo de segunda ordem, bem como um não-positivismo de primeira ordem e um não-positivismo de segunda ordem. O positivismo de primeira ordem seria equivalente ao que Perry chama de positivismo substantivo; o positivismo de segunda ordem, àquilo que ele chama de positivismo metodológico. De maneira similar, Waluchow & Sciaraffa (2013, pp. xiii–xiv) distinguem entre positivismo e não-positivismo de primeira ordem e positivismo e não-positivismo metodológico. Alguns autores preferem utilizar o termo *descritivismo* para referir-se ao positivismo metodológico e à tese de que a teoria do direito é puramente descritiva e normativamente inerte. Em oposição ao descritivismo, podemos chamar de *normativismo* a posição contrária, associada ao não-positivismo metodológico.

Percebe-se, assim, uma forte tendência na literatura de distinguir duas faces do positivismo jurídico (e, na verdade, das teorias do direito em geral): uma substantiva ou de primeira ordem, e outra metodológica ou de segunda ordem. Quando confrontados com uma proposição teórica, portanto, devemos primeiro situá-la dentro desse quadro esquemático e considerar se se trata de uma tese substantiva ou metodológica (assumindo-se que é possível distingui-las) para podermos avaliá-la de maneira adequada.

3. OS DEBATES ENTRE POSITIVISTAS E NÃO-POSITIVISTAS

Para percebermos a utilidade e importância da distinção entre as faces do positivismo, podemos, sucintamente, considerar o debate travado entre Joseph Raz e John Finnis. Uma leitura apressada de Finnis, que se concentrasse tão somente no fato de ele ser considerado um autor jusnaturalista, poderia sugerir que ele diverge de Raz no nível dos critérios de validade jurídica. Assume-se, tradicionalmente, que o debate entre positivistas e jusnaturalistas ocorra no nível substantivo. Os positivistas defenderiam alguma versão da tese das fontes sociais, enquanto os jusnaturalistas a negariam. Para estes, *lex iniusta non est lex* – uma lei injusta não é uma lei. Os primeiros negam, enquanto os segundos defendem, que há uma conexão necessária entre direito e moral (ou entre direito e justiça). Ainda que essa questão permaneça viva nas atuais discussões acadêmicas, não é dela que trata o principal debate entre Finnis e Raz.

Para Finnis, o erro principal dos autores positivistas (ao menos desde Herbert Hart) está na maneira pela qual eles entendem que devem ser construídas teorias do direito ou, em outras palavras, qual é a natureza desse empreendimento teórico. A questão que preocupa Finnis, e que anima o debate entre ele e seus oponentes positivistas (especialmente Hart e Raz) é se "é mesmo possível uma teoria do direito puramente descritiva, 100 por cento normativamente inerte" (Finnis, 2011b, p. 32). Brian Bix fornece um bom resumo dessa questão:

"Finnis afirmará que o aspecto mais importante da separação entre direito e moralidade está na separação entre *teoria do direito* e avaliação moral. A questão que o positivismo levanta (...) é se uma teoria do direito puramente conceitual e descritiva é tanto possível quanto interessante. O pequeno desafio inicial de Finnis a respeito da melhor maneira de construir a "perspec-

tiva interna" de um sistema jurídico pode ser visto como um desafio ao positivismo jurídico neste sentido" (BIX, 2000, p. 1621).

O alvo de Finnis é o positivismo metodológico, a ideia de que é possível uma teoria do direito livre de avaliações morais. Nesse sentido, seu debate com Raz ocorre no nível metodológico, e não substantivo, do esquema proposto por Perry.

Voltemos à distinção. Tanto no nível substantivo quanto no nível metodológico usa-se o rótulo "positivismo" para qualificar ou caracterizar um determinado conjunto específico de teses. Ocorre que, como já afirmei, não há uma relação de implicação lógica entre os dois níveis, de maneira que é possível aderir ao positivismo em um deles e rejeitá-lo no outro. Isso cria uma dificuldade para o estudo da teoria do direito: identificar a que nível estamos nos referindo quando tratamos de determinada tese. Essa dificuldade é ainda mais acentuada se levarmos em conta que a própria distinção entre os níveis substantivo e metodológico (bem como o lugar preciso em que devemos traçar a linha que "divide" os dois níveis) não é unânime: Macedo Júnior, por exemplo, parece situar a tese das fontes sociais entre os compromissos teóricos do positivismo *metodológico*, enquanto Perry a coloca como parte do positivismo substantivo. Como, então, definir em que nível estamos debatendo quando debatemos uma determinada tese de teoria do direito?

4. DESCRITIVISMO E TESE DA NEUTRALIDADE

Afirmei anteriormente que *clareza* e *bom senso* bastariam para nos permitir distinguir quando estamos lidando com uma ou outra das duas faces do positivismo jurídico apresentadas acima. No entanto, é possível tornar essa distinção ainda mais clara se adotarmos uma terminologia um tanto

específica que nos permita diferenciar mais facilmente as teses pertencentes ao positivismo substantivo e metodológico.

Uma alternativa possível é chamar de *descritivismo* a posição segundo a qual para construirmos teorias do direito não é necessário (nem recomendável) recorrermos a argumentos morais – o que Perry chamou de positivismo metodológico. De acordo com o descritivismo, uma tese substantiva de teoria do direito (por exemplo, a tese das fontes sociais) será verdadeira se descrever (em um sentido de "descrever" que deveremos ainda explorar) adequadamente seu objeto. Argumentos morais estão, desta forma, excluídos do conjunto de razões relevantes que um teórico do direito deve levar em conta para avaliar uma tese substantiva.

Em oposição ao descritivismo, os defensores do que se poderia chamar *normativismo* rejeitam que a teoria do direito seja um empreendimento teórico moralmente neutro. Para eles, as teses substantivas da teoria do direito devem estar (e de fato estão) respaldadas em argumentos morais: a teoria do direito é, portanto, normativa. Se a tese das fontes for verdadeira, por exemplo, ela o será porque coloca o direito em "sua melhor luz" ou descreve adequadamente o caso central do conceito de direito (construído a partir de avaliações diretamente morais). Tanto num caso como no outro, não há neutralidade moral.

O termo normativismo aplicar-se-ia à teoria de autores jusnaturalistas como John Finnis. No entanto, ele é melhor (porque mais abrangente) do que um termo como, por exemplo, jusnaturalismo metodológico. A razão disso é que não só autores autodeclarados jusnaturalistas endossam a ideia de que a teoria do direito não é um empreendimento teórico separado de valores morais, o que sugere que o normativismo não é uma tese tipicamente jusnaturalista. O caso mais exemplar disso é Ronald Dworkin, um dos principais críticos normativistas do positivismo, cuja teoria é frequentemente

descrita como *interpretativista* e não propriamente jusnaturalista. Se é verdade que, ao considerarmos Finnis um autor representativo da tradição de teorias da lei natural, é possível reconhecer no jusnaturalismo duas faces (uma substantiva e outra metodológica), também é verdade que a tese metodológica de Finnis não é, contemporaneamente, tipicamente jusnaturalista, razão pela qual seria preferível utilizarmos o termo normativismo para nos referirmos a ela.

Contudo, como todo termo genérico utilizado para fazer referência a um conjunto bastante variado e por vezes heterogêneo de autores e teorias, "descritivismo" e "normativismo" também têm um caráter bastante esquemático. Isso quer dizer que muitas diferenças específicas entre autores são deixadas de lado quando nos referimos a eles, genericamente, como descritivistas e normativistas. A melhor maneira de superar esse problema é estabelecer, de maneira clara, que características o termo inclui e que características ele não inclui dentro dos critérios relevantes para sua aplicação. A disputa entre descritivistas e normativistas pode ser descrita como uma disputa a respeito do que chamarei de *tese da neutralidade*. Ela pode ser expressa da seguinte forma:

TN: A teoria do direito não deve realizar avaliações morais a respeito do seu objeto.

Como deve estar claro, descritivistas endossam TN, enquanto normativistas a rejeitam. O critério para aplicação do termo, portanto, é *apenas* a posição dos autores a respeito de TN. Isso implica que autores com concepções metodológicas distintas poderão estar juntos sob o mesmo manto descritivista – tudo o que é necessário é que ambos endossem TN. Um exemplo deve bastar para ilustrar esse ponto.

Brian Leiter, de acordo com a caracterização do descritivismo apresentada acima, seria um teórico descritivista. Para ele, a filosofia em geral, e a teoria do direito em particular, não seriam nada mais do que a "parte abstrata" das teorias científicas de sucesso e, como tal, deveriam guiar-se apenas por valores epistêmicos aplicados a essas teorias. Como não aplicamos valores morais na elaboração de teorias científicas, também não deveríamos aplicá-los na avaliação de teorias jurídicas (e filosóficas). Portanto, TN é verdadeira.

Jules Coleman é outro autor que podemos considerar descritivista. Segundo Coleman, a teoria do direito é uma teoria do conceito de direito que não precisa (sob o risco de petição de princípio) garantir uma inferência de legitimidade moral a partir da simples legalidade. A teoria do direito seria normativa apenas num sentido banal de ser "responsiva às normas que governam a construção de teorias" – e essas normas não são morais (COLEMAN, 2001, p.178). Para Coleman, portanto, TN é verdadeira.

Temos aqui, então, dois autores que defendem TN e que, de acordo com a caracterização apresentada, seriam considerados descritivistas (ou positivistas metodológicos). Não obstante esse fato, é um erro considerar que ambos têm uma mesma concepção a respeito da natureza da teoria do direito. Leiter é um dos principais (senão o principal) proponente de uma versão "naturalizada" da teoria do direito. Essa teoria do direito naturalizada, no entanto, é extensamente criticada por Coleman, que defende o uso do método de análise conceitual, expressamente rejeitado por Leiter e pelos assim chamados "naturalistas". Não podemos assumir, portanto, que, por estarem os dois no lado descritivista da disputa, tanto Leiter quanto Coleman entendem o projeto da teoria do direito (e os métodos apropriados a ela) da mesma forma. Na verdade, não entendem.

O caráter esquemático a que fiz referência deve-se, então, à existência de teóricos que mantém divergências fundamentais a respeito dos métodos da teoria do direito no mesmo campo da disputa (descritivista ou normativista, ou, ainda, no campo do positivismo e anti-positivismo metodológico). Isso não é surpresa, mas é importante fazer o esclarecimento de forma expressa para que se evite qualquer tipo de leitura que tente ver nos autores descritivistas algum compromisso maior do que a defesa de TN. É claro que pode haver outro compromisso amplamente partilhado entre os autores que identifico como descritivistas, mas, ao usar o termo, quero me referir, prioritariamente (senão exclusivamente) à posição dos autores em relação a TN.

Isso nos leva a um segundo ponto. Os termos descritivista, descritivo e descrição, no contexto do debate metodológico, são ambíguos. Para que possamos utilizá-los de maneira proveitosa, é necessário delimitar de maneira precisa em que sentido eles estão sendo utilizados.

O termo "descritivo" (e os correlatos "descritivista" e "descrição") pode ter o sentido dado por Hart no pós-escrito a *The Concept of Law*. Para Hart, sua teoria seria "descritiva" no sentido de ser moralmente neutra e não ter nenhum objetivo justificatório. Isso significa, na explicação de Hart, que a teoria do direito "não procura justificar ou recomendar com base em fundamentos morais ou de outro tipo as formas e estruturas que aparecem na [sua] explicação geral do direito" (HART, 1994, p.240).

Esse sentido de descritivo foi formalizado anteriormente como uma posição tomada em relação à uma tese em específica: a tese da neutralidade. Endossar TN é o mesmo que sustentar que a teoria do direito deva ser moralmente neutra e, nesse sentido, o conceito de descritivismo tem uma clara influência hartiana.

O uso do termo "descritivo" (e "descritivista") para caracterizar a teoria de Hart (e de outros autores com compromis-

sos teóricos similares), contudo, foi considerado por alguns teóricos como um equívoco. Segundo Coleman (2001, p.173), o termo "teoria do direito descritiva" (*descriptive jurisprudence*) utilizado por Hart é um rótulo "infeliz". Para John Gardner (2012, p.275), a caracterização do trabalho de Hart como sendo uma espécie de empreitada "descritiva" é "enganadora" e Hart teria feito melhor se a tivesse abandonado.

Para esses autores, o epíteto "descritivo" usado para referir-se às teorias do direito transmite a falsa ideia de que o que os teóricos "descritivos" estão fazendo é algum tipo de descrição empírica do fenômeno concreto conhecido como direito. Isto é, suas explicações do que seja o direito seriam resultado de observações, medições e comparações do que acontece num conjunto determinado de sistemas jurídicos (ou mesmo, na totalidade dos sistemas jurídicos) existentes. O problema do uso do termo descritivo, segundo eles, é que descritivo pode bem significar "empírico", e é um erro caracterizar a teoria de Hart (e, nesse sentido, de Coleman, Raz e outros) como empírica. Ao dizer que Hart é um teórico descritivo poderíamos passar a (supostamente) falsa imagem de Hart como um teórico que fornece explicações empíricas a respeito do fenômeno jurídico – o que não se ajustaria, segundo eles, aos objetivos e métodos do autor de *The Concept of Law*.

Não é necessário insistir muito nesse ponto. O problema apontando por Coleman e Gardner em relação ao termo descritivo é que ele pode significar "empírico" e autores como Hart e Raz não estão engajados em um empreendimento empírico. Mas entender "descritivo" como "empírico" é só uma das possibilidades disponíveis: como o próprio Gardner reconhece, podemos entender o termo "descritivo" como significando, simplesmente, "não-avaliativo". Nesse sentido, e somente nesse, a teoria de Hart seria descritiva. É questionável, portanto, se Hart pode ser criticado por auto-caracterizar

sua teoria como descritiva, já que ele próprio faz questão de especificar o sentido preciso em que devemos entender essa caracterização. Descritivo, para ele, é nada mais do que "moralmente neutro". É possível entendermos o termo descritivo de outra forma, mas não faz sentido fazê-lo quando o autor que popularizou o termo apressou-se em adiantar em que sentido o estava utilizando.

CONCLUSÃO

É importante perceber que o debate entre descritivistas e normativistas gira em torno de TN, que é, ao fim e ao cabo, o núcleo da divergência do debate entre positivistas e não-positivistas no nível metodológico. Este artigo mostrou como a distinção entre esses dois níveis teóricos tem marcado as discussões contemporâneas de teoria do direito, o que nos obriga a ter atenção redobrada na identificação do nível em que determinado argumento está sendo proposto. Apresentei uma alternativa para se evitar a ambiguidade que o uso do termo positivista, em ambos os níveis, pode gerar. Vimos, contudo, que o termo descritivismo não está, ele próprio, isento de suas próprias ambiguidades. Ainda assim, seja por uso de um termo mais preciso, seja por uma maior atenção na análise e exposição teóricas, é fundamental que o estudante e o pesquisador levem em conta as várias faces do positivismo jurídico - e do debate contemporâneo de teoria do direito.

REFERÊNCIAS

BIX, Brian. "On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism". In: Notre Dame Law Review. Vol. 75, n. 5, 2000, pp. 1613-1624.

COLEMAN, Jules. The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DICKSON, Julie. “Legal Positivism: Contemporary Debates”. In: MARMOR, Andrei (ed). The Routledge Companion to Philosophy of Law. Nova Iorque: Routledge, 2012.

FINNIS, John. Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

______. Natural Law and Natural Rights. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GARDNER, John. Law as Leap of Faith: Essays on Law in General. Oxford Oxford University Press, 2012.

HART, H.L.A. The Concept of Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MARMOR, Andrei. Positive Law and Objective Values. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

OBERDIEK, John; PATTERSON, Dennis. “Moral Evaluation and Conceptual Analysis in Jurisprudential Methodology”. In. FREEMAN, Michael; HARRISON, Richard (eds). Law and Philosophy: Current Legal Issues. vol. 4. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

PERRY, Stephen. “Hart’s Methodological Positivism”. In: Legal Theory, vol. 4, n. 4, 1998, pp. 427-467.

______. “The Varieties of Legal Positivism”. In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, vol. 9, 1996, pp. 361-381.

RAZ, Joseph. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

WALUCHOW, W. J; SCIARAFFA, Stephan. “Introduction”. In: WALUCHOW, W. J; SCIARAFFA, Stephan (eds.). Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford: Oxford University Press, 2013.

TEORIA E PESQUISA EM HISTÓRIA E NO DIREITO COMPARADOS

Prof. Dr. Ivo Dantas
Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva

INTRODUÇÃO

A caracterização científica de um ramo do conhecimento dependerá, diretamente, do grau de sua *metodologia* e não da natureza de seu objeto, razão pela qual se pode trazer à colação uma afirmativa feita por BEREDAY (1972, p. 37) e perfeitamente aplicável à *pesquisa em Direito Comparado,* servindo de ponto de partida para nosso raciocínio, quando afirma que, em estudos comparativos, deve se proceder à justaposição ou um confronto preliminar dos dados de variados países para que se estabeleça um critério de comparação.

Por este motivo, é que os estudos voltados para as *Técnicas de Pesquisa* são cada vez em maior número, nos cursos de Ciência Política, Sociologia, Economia e História, muito embora as Faculdades de Direito não se tenham dado conta da importância e da necessidade de ser criada uma disciplina que ensine a tratar, cientificamente, o objeto estudado. Esta observação deve ser, de logo, completada por outra, ou seja, é preciso não confundir tais estudos com a disciplina *Meto-*

dologia do Trabalho Científico, na qual se ensina a utilização das *Normas Técnicas* (ABNT) a serem utilizadas na redação de monografias, dissertações e teses.

No caso do Direito, mormente do *Direito Comparado*, descrever um sistema jurídico estrangeiro é arriscado e difícil, em face de diferenças endógenas que existem nos mais variados ordenamentos, bem como em face de quaisquer outros problemas que se obtenham na captação com fidelidade do sentido e alcance de normas jurídicas, já que se trata de outra cultura, valores sociais, econômicos e políticos.

1. CONCEITO DE DOCUMENTO

Na perspectiva da denominada *Ciência Dogmática do Direito* (que não inclui, por exemplo, a *Sociologia do Direito*), a pesquisa quase nunca se utiliza dos trabalhos de campo, ficando em sua grande maioria baseada em *Documentos,* que aqui devem ser entendidos em sua conceituação ampla, ou seja, não se limitando apenas aos textos de lei até a consulta jurisprudencial e bibliográfica. Exatamente por isto, pode-se dizer que conhecer a denominada *Teoria da Fontes Históricas* é de grande valia, exatamente em razão da semelhança que ronda os dois campos da pesquisa.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ (1995, p. 83) escreve, com muita propriedade, que

> … el proceso de la investigación científica en el ámbito jurídico, se auxilia generalmente de dos técnicas de investigación: por un lado, la documental, y por otro, la de campo. Dichas técnicas proporcionan las estrategias más adecuadas para el acopio de información de manera ordenada, sistemática y con la optimización de recursos materiales y humanos. Además, dichas técnicas juegan un papel importante

> para orientar el tipo de investigación que se pretende realizar. Es decir, la investigación jurídica dogmática, se distingue por realizar con mayor incidencia la técnica de investigación documental. En cambio, las investigaciones jurídicas de tipo realista o empírica, utilizan con mayor frecuencia la técnica de investigación de campo. Lo anterior, no significa que las investigaciones empíricas no se auxilien de la técnica de investigación documental. De ahí que sean llamadas también investigaciones jurídicas mixtas.

Em seguida, desta feita com apoio em ARIO GARZA, escreve SÁNCHEZ VÁSQUEZ (1995, p. 83) que

> ... la técnica de investigación documental se caracteriza: por el acopio de la información mediante la selección, lectura, anotación y crítica de los materiales que describimos al referirnos a las colecciones de las bibliotecas, libros, folletos, serie de publicaciones, documentos en sentido estricto, microformas y materiales similares.

Neste trabalho, apesar de sabermos que existem Técnicas para a Pesquisa de Campo na Ciência do Direito, perfeitamente aplicáveis ao Direito Comparado, daremos maior destaque à análise da investigação documental.

DUVERGER, em clássico livro (1962, p. 105), ao estudar os *métodos clássicos na análise de documentos* e após chamar a atenção de que "não se deve ter excesso de louvores nem indignação" (1962, p. 101) pelo processo, doutrina que "não existe um método de análise de documentos próprio à ciência política. De um modo geral, ela utiliza processos análogos ao da análise histórica, mais ou menos adaptados e completados".

Apesar da observação antes feita com relação à Sociologia e à Antropologia Jurídicas, a lição de DUVERGER é completamente aplicável ao Direito Comparado, isto porque, se por um lado, é, sobretudo nas denominadas *fontes indiretas* que o comparatista buscará seu material de trabalho (no que, evidentemente, se diferenciará da Sociologia do Direito), por outro, não deverá ficar adstrito à simples análise documental, nesta se incluindo textos de leis, de Doutrina e de Jurisprudência, Anais do Poder Legislativo, Biografias, Jornais e até mesmo acervos particulares.

Por outro lado, e além dos limites da pesquisa documental, em nossa ciência, importantes recursos de pesquisa serão a *Entrevista* e a *Técnica de Observação* em suas diversas modalidades, enquanto que, no momento, nossas preocupações serão voltadas apenas e tão-somente, para a *análise documental*, cujos conceitos básicos deverão ser buscados na denominada *Teoria e Pesquisa da História*.

Neste ponto, podemos lembrar como o faz CAPLOW (1977, p. 203), que "cada colectividad, cada asociación y cada cuerpo constituído acumula una masa de documentos referentes a cada fase de su actividad colectiva", enquanto que GRAWITZ (1975, p. 115) escreve que "una civilización se expresa en sus documentos. Somos una civilización de burocracia, de papeleo". No mesmo sentido, é a observação de MAY (2004, p. 212) quando escreve que "um documento representa um reflexo da sociedade. Ele se torna um meio através do qual o pesquisador procura uma correspondência entre a sua descrição e os eventos aos quais ela se refere".

DUMOULIN (1991, p. 211), observa que

> ... la história se hace con documentos, afirma con toda la razón el positivismo triunfante. A través de los documentos el historiador encuentra la huella

> de los hechos o al menos un testemonio acerca de los hechos. Por ello la crítica de los documentos representa la primera etapa de la elaboración de una história científica.

Fundamental questão deverá ser respondida: *Que é documento?* Para MAY (2004, p. 208-209), citando John Scott,

> ... um documento no seu sentido mais geral é um texto escrito... Escrever é a produção de símbolos representando palavras e envolve a utilização de lápis ou caneta, máquina de escrever ou outra ferramenta para inscrever a mensagem em papel, pergaminho ou outro meio material... Do mesmo modo, a invenção dos meios magnéticos e eletrônicos de armazenar e exibir textos deveria nos encorajar a considerar os ´arquivos´ e ´documentos´ contidos nos computadores e editores de texto como documentos verdadeiros. Portanto, desse ponto de vista, os documentos podem ser considerados como textos fisicamente corpóreos, onde o conteúdo é o propósito primário do meio físico.

JOSÉ VAN DEN BESSELAAR (1968, p. 157), usando a mesma linguagem de que se vale BLOCH (1975, p. 47) (historiador = juiz), afirma que "os documentos são como que testemunhas que devem ser interrogadas criteriosamente", para depois afirmar: "chama-se documento ou fonte todo e qualquer vestígio do passado, capaz de nos dar informações acerca de um fato ou acontecimento histórico" (1975, p. 117)[30].

---

30. Enquanto para o historiador interessam os documentos do passado, em relação ao *Direito Comparado* os documentos serão aqueles atuais, visto que o comparativista se debruça sobre *sistemas ou ordenamentos jurídicos vigentes*, reservando-se à *História Comparada os sistemas ou ordenamentos que são passado*, quer sejam eles apenas nacionais, quer tenham os estrangeiros como objeto de estudo.

Em última análise, portanto, todos os documentos de fatos históricos, por meio dos quais se possa obter ou alcançar a verdade, devem ser considerados fontes históricas. Assim, a interpretação que hoje se dá ao *Livro dos Provérbios de Salomão*, no Antigo Testamento, se deve ao achado de uma obra filosófica egípcia – *A Sabedoria de Amenemope* e no qual teriam os provérbios sido inspirados, provando desta forma a influência egípcia sobre o povo hebreu. O mesmo se poderia dizer da Ata de Assembléia Nacional Francesa que promulgou a Declaração de Direitos durante a Revolução de 1789, provando, com isto, a influência das idéias liberalistas no pensamento dos líderes revolucionários.

No livro "História e Crítica" (1979, p. 60), escreve PIERRE SALMON que

> ... o documento histórico é, na maioria das vezes, um documento escrito, manuscrito ou impresso (inscrição, concha, papiro, manuscrito, carta, jornal, carimbo postal). Poder ser também um documento gravado ou audiovisual, isto é, transmitido pelo som ou pela imagem (cilindro, disco, fita magnética, desenho, pintura, mapa esboço, fotografia, cliché, diapositivo, filme. Microfilme), ou uma simples tradição oral, sem suporte material, que alguém recolha em vista à sua fixação. Pode ser ainda um documento figurado, quer dizer, um vestígio material do homem (documento arqueológico, numismático, esfragístico), ou uma paisagem portadora da marca dos homens que a trabalharam (observação geográfica). Todavia, se o documento figurado ou a observação geográfica não são acompanhados de textos, a sua significação escapar-nos-á com frequência. Finalmente, observemos que o

> próprio historiador pode ainda ser testemunha directa de certos factos.

No caso do Direito Comparado existem documentos que oferecem informações para o conhecimento de uma determinada realidade jurídica (ex.: a Jurisprudência, atas do Parlamento, gravações de debates parlamentares ou judiciários, etc), enquanto que outros (documentos) são o próprio objeto a ser analisado (ex.: textos de leis).

Evidentemente, que todos os documentos e fontes que interessam à História, também interessam ao Direito Comparado, com uma única diferença: a vigência do ordenamento, não se podendo, previamente, dizer, por exemplo, que a *Lei* tenha ascendência sobre a *Jurisprudência* e/ou a *Doutrina*, pois, em muitos casos, estas duas últimas demonstrarão que a lei, embora vigente, não tem a eficácia que, em princípio, era de se supor.

Se, no entanto, *Lei, Jurisprudência* e *Doutrina* andam no mesmo sentido, as atenções do comparatista deverão iniciar-se pelo texto legal, para cuja análise, toda e qualquer informação será de grande valia, como, por exemplo, a imprensa que cobre os debates nos parlamentos e nos tribunais e até mesmo, entrevistas com legisladores e aqueles que militam no dia a dia com a aplicação da Lei (Magistrados, Ministério Público e Advogados).

2. OS DOCUMENTOS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Até que ponto pode-se afirmar que o documento-fonte corresponde aos fatos ocorridos? Até que ponto a paixão e os condicionamentos (às vezes, *inconscientes,* às vezes, *propositais*) podem comprometer a reprodução fria dos acontecimentos?

Esta preocupação, mesmo sendo mais importante na História que no Direito Comparado, não nos autoriza abando-

narmos sua análise, pelo que teremos que recorrer ao delicado problema da *classificação das fontes*, as quais, em última análise e em um critério bastante amplo, são apenas e quase sempre divididas pelos epistemólogos da História em *primárias* e *secundárias,* para ficarmos com as expressões usadas, entre nós, por JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES em sua "Teoria da História do Brasil" (1969).

Segundo seu entendimento, as fontes baseadas no *conhecimento direto e desde que mereça fé seu autor,* devem ser consideradas *primárias*, enquanto que as *secundárias* seriam todas aquelas baseadas no *conhecimento indireto*, podendo ser fundamentado em testemunhos ou compilações.

Note-se que nesta classificação, leva-se em conta a *pessoa de quem partiu a informação*: se ela merece fé, uma fonte que a princípio seria considerada indireta ou secundária poderá passar a ser entendida como fonte primária, mesmo que não tenha existido um conhecimento direto, mas compilativo. O mesmo ocorreria na hipótese inversa: uma fonte que deveria ser primária (desde que o conhecimento fora direto), poderá transformar-se em indireta, bastando que o historiador estivesse comprometido e, em conseqüência, falseasse a verdade.

Mais uma vez, demos a palavra a MAY (2004, p. 210-211), lembrando, de logo, que o critério apontado por RODRIGUES (1969), não exclui outros, sobretudo quando se trata de Pesquisa Social:

> A literatura sobre a classificação de documentos (...) tende a cair em três grupos principais: primeiro, os documentos primários, secundários e terciários; segundo, os documentos públicos e os privados, e, terceiro, as fontes solicitadas e as não-solicitadas. As fontes primárias referem-se àqueles materiais que são escritos ou coletados por aqueles que teste-

> munharam de fato os eventos que descrevem. Nos termos de Bertrand Russell, eles representam o conhecimento por familiaridade. Portanto, é suposto que eles têm maior probabilidade de serem uma representação precisa das ocorrências, tanto em termos da memória do autor (tempo) como da sua proximidade com o evento (espaço). Entretanto, como Bob Burgess observa, essas fontes também devem ser vistas no contexto social e, com este propósito, o pesquisador poderia empregar fontes secundárias. Estas são escritas depois de um evento que o autor não presenciou pessoalmente, e o pesquisador tem que estar ciente dos problemas potenciais na produção desses fatos. As fontes terciárias capacitam-nos a localizar outras referências. Elas são os ´índices, resumos e outras bibliografias... Há mesmo as bibliografias para ajudar-nos a encontrar bibliografias´. As bibliotecas possuem coleções de resumo e manuais de referência que auxiliam no processo. A estes, podemos acrescentar as ferramentas de busca e os portais de conteúdos na Internet.

E prossegue :

> (...) A distinção entre documentos públicos e privados é importante. O fato de que possam existir materiais nos diz pouco sobre se o pesquisador pode ter acesso a eles. Por essa razão, John Scott divide os documentos em quatro categorias de acordo com o grau de sua acessibilidade. Eles são os proibidos, os restritos, os arquivos abertos e os publicados-abertos. (...) Em termos de documentos públicos, a maior categoria é a daqueles produzidos pelos governos nacionais e locais e incluiria, por

> exemplo, os registros de nascimentos, casamentos e mortes e também os registros policiais, tributários e habitacionais. Alguns desses documentos podem ser protegidos pelo Ato dos Segredos Oficiais (Official Secrets Act) e, portanto, são proibidos [31]. Poucos registros oficiais, como observa Scott, caem na categoria de restritos; um exemplo é o dos papéis reais britânicos, aos quais o acesso pode ser dado somente pelo monarca. Os registros de arquivos abertos são armazenados no Cartório de Registros Públicos (Public Records Office – PRO), em Kew, (no Condado de) Richmond, Surrey ou, no caso dos Estados Unidos, na Biblioteca do Congresso. Os documentos abertos publicados incluem (...) os Atos do Parlamento e os registros dos debates parlamentares nos anais do parlamento. Por fim, chegamos ao terceiro grupo: os documentos solicitados e os documentos não solicitados. Essa distinção foi introduzida com base em que alguns documentos teriam sido produzidos visando à pesquisa, enquanto outros teriam sido produzidos para uso pessoal. Por exemplo, os diários podem ser utilizados na pesquisa social pedindo-se aos participantes que registrem eventos particulares e/ou expressem as suas opiniões sobre eles.

Tendo o pesquisador em suas mãos o documento, já verificadas sua *autenticidade* e sua *veracidade,* caber-lhe-á interpretá-lo, usando de *métodos particulares* a cada ramo do conhecimento científico, mas que DUVERGER os identifica como sendo a *análise jurídica*, a *análise psicológica*, a *análise*

31. No Brasil não existiram até *decretos secretos* no período pós-64. Há uma legislação própria que regulamenta os documentos oficiais. Ver, a propósito, a CF/88, art. 5º, inciso XXXIII.

por processos matemáticos, além de quaisquer outras técnicas que se tornem indispensáveis à exata compreensão de seu conteúdo. Em todos os casos, como observa, acertadamente, MACHADO (1943, p. 132), o que importa "é a afirmação da necessidade de uma ciência objetiva que, cuidando especialmente dos fenômenos políticos, dê-nos um conhecimento exato do aspecto político da vida das sociedades. Dedicada a uma tarefa exclusivamente objetiva, a ciência em apreço não poderá tomar como base as velhas tentativas de caráter filosófico, empírico e normativo dirigidos no mesmo sentido".

3. ANÁLISE EXTERNA E ANÁLISE INTERNA DOS DOCUMENTOS [32]

É, exatamente aí, na análise do *documento ou fonte* (esta última, expressão mais a gosto dos historiadores) que se concentram as preocupações da *Técnica de Análise Documental*, entendida como "o método científico para separar nos documentos a verdade do erro e da mentira, a certeza do que é provável ou apenas possível" (BESSELAAR, 1968, p. 157), o que será alcançado através das *análises externa* e *interna* do documento, respectivamente entendidas como a preocupação da *autenticidade* (análise externa) e da *veracidade* (análise interna) daquilo que se tem à mão, seja fonte direta ou indireta.

Estudando a questão, GLÉNISSON (1961, p. 169) doutrina que

> ... o primeiro passo - crítica da autenticidade ou crítica externa - tem por objeto verificar o valor extrínseco do documento. Exerce-se ele, por assim dizer,

32. A importância desta análise aumenta, à medida que o comparativista *vem de fora*, ou seja, não pertence àquele sistema jurídico com o qual pretende comparar o sistema nacional (o seu, do pesquisador). Naquele, como, quase sempre, o pesquisador não é testemunha ocular da criação e aplicação da norma, os documentos que a explicam carecem de uma autenticidade comprovada com técnicas muito mais minuciosas.

> a partir de fora, considerando o documento como um objeto a submeter-se à perícia. Arrisquemos uma nova comparação o historiador assemelha-se, então, ao joalheiro que examina uma jóia com a finalidade de saber se ela é verdadeira ou falsa. A crítica externa, efetivamente, corresponde à interrogação assim formulada: está o documento que examinamos no mesmo estado em que se encontrava quando foi redigido pelo seu autor?

No caso do Direito Comparado, onde quase sempre se lida com aquela realidade a que poderíamos denominar de *História presente* é mais fácil a verificação da *autenticidade*, que não significa, entretanto, impossibilidade de falsidade documental, sobretudo, no tocante às fontes secundárias (Jurisprudência, atas do Legislativo, Doutrina, etc), visto que para as fontes primárias (textos de legislação) deverão ser sempre usadas as publicações oficiais.

Ao proceder a *crítica externa*, defrontar-se-á o estudioso com, pelo menos, 6 (seis) perguntas para a caracterização da *veracidade do documento*, a saber: *quem redigiu o documento? quando? onde? qual o seu fim? qual a sua forma? como chegou até nós?*

Com tais respostas tem-se cumprido a primeira fase da análise documental, sendo-nos possível, então, enfrentar o segundo de seus problemas, ou seja, a *autenticidade* de seu conteúdo. Deixa-se de lado a *crítica externa* e penetra-se na *crítica interna,* com base na qual reconstitui-se a realidade jurídica a ser estudada.

Iniciada esta fase, a preocupação de saber-se da proveniência do documento é substituída pela preocupação com o seu *conteúdo*, ou seja, se ele é exato, ou não.

Novamente, ensina GLÉNISSON (1961, p. 173): “não mais se trata de considerar o documento do lado de fora, como um

objeto, mas do lado de dentro, com a intenção de saber se não é enganador o fundo do mesmo documento".

4. PRINCIPAIS DOCUMENTOS DE INTERESSE PARA O DIREITO COMPARADO

Que tipos de *documentos* interessam ao *Direito Comparado*?

Vimos insistindo que o estudo do Direito Comparado não se resume à *análise da legislação*, sendo esta apenas um dos objetos sobre os quais recairão as análises. Pois bem, neste sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (1955, p. 38), lembra a transformação que sofreram os estudos objeto de nossas preocupações, não só quanto à sua denominação (de *Legislação Comparada* para *Direito Comparado*), mas, sobretudo, quanto às fontes com as quais trabalharia. Assim, escreve:

> ... quando se criaram no Brasil as primeiras cátedras, esta era a tendência dominante e esta a denominação. Quem lê as obras de CLÓVIS BEVILÁQUA, Lições de Legislação Comparada e CÂNDIDO DE OLIVEIRA, Curso de Legislação Comparada, não encontra senão esta concepção para a disciplina. Obras do fim do século passado traduzem bem as idéias em voga, que reduziam as atividades comparatistas a pouco mais que uma resenha estatística de textos de lei. O Direito Comparado, porém, vê a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta. O investigador comparatista, realizando sua

> obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes, e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama. Para que possua estas qualidades essenciais, deve o autor da obra deste gênero verificar o que o legislador dispôs, e investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina, aquelas imponderáveis de todo organismo jurídico que TULIO ASCARELLI denomina 'as premissas implícitas' dos sistemas em foco, econômicas, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre presentes nos sistemas de direito".

Vale aqui, que repitamos o que já foi dito ao fazermos referência a CAMPOS (1976) quando, coerente ao seu entendimento *tridimensional* do Direito, e em co-autoria com CARNOT (1998, p. 29-50), referindo-se ao estudo do Direito Constitucional Comparado, destacam, de logo, que "el derecho constitucional comparado que nosotros propugnamos no se encuentra enclausurado en las normas de la constitución documental", após o que ensinam:

> Por el contrário, fieles al realismo y al trialismo jurídico, visualisamos a un derecho constitucional de cara o solidario con la realidad existencial. Por eso podemos afirmar también que estado, en su sentido dinámico, es sinónimo no sólo a régimen político, sino a constitución en su acepción material o real. La preanotada dimensión existencial que le imprimimos al derecho constitucional comparado nos obliga a detenernos, siquiera brevemente, en los marcos en que se despliega su capacidad ordenadora y estructuradora. Sabemos que el derecho constitucional de cada estado es su causa formal, es

> decir, es aquel ingrediente aglutinante que lo informa, que le infunde organización y encuadre. Ahora bien, la pregunta clave a formular es ésta: qué es lo que se organiza, estructura u ordena?

Referindo-se a uma *interdisciplinariedade metodológica*, escreve MIRKINE-GUETZÉVITCH (1957, p. 13):

> No direito público, o método comparativo une-se ao método histórico. Estudam-se as instituições confrontando a estrutura (direito comparado) e o funcionamento (ciência política). Ora, para compreender a estrutura e o 'rendimento' das instituições, é preciso conhecer suas origens e transformações, sua evolução histórica.

Falou-nos DUVERGER em *análise jurídica*, a *análise psicológica*, a *análise por processos matemáticos* dos documentos. Apesar de que todas elas possam ser utilizadas no Direito Comparado (as estatísticas estão muito em moda em todos os ramos das ciências sociais), detemos nossas considerações na *análise jurídica*, sem dúvida alguma, o grande instrumento à disposição do cientista do Direito, que deverá procede-la amparado por *informações e técnicas subsidiárias* fornecidas pela *História*, pela *Sociologia*, pela *Ciência Política* e, mais recentemente, pela *Informática*.

CONCLUSÕES

Por tudo o que foi exposto, é de se concluir que o primeiro passo rumo à pesquisa em Direito Comparado, em especial no que toca aos documentos, sem dúvida alguma, é *conhecer os sistemas jurídicos* que serão analisados, isto é, o *direito estrangeiro e o direito nacional vigentes*, o que se torna *conditio*

sine qua non, mesmo quando se trate de *micro-comparações* ou comparações de um ou alguns institutos.

Para tanto, o *domínio da língua* e, sobretudo, o sentido que os termos jurídicos têm no sistema analisado, é pressuposto irrenunciável. Sem isto, tenderá o estudioso, inevitavelmente, para conclusões falsas, não condizentes com a verdade que pretende alcançar. Um bom *Dicionário Jurídico* (na própria língua), ao lado de um *Repertório Oficial de Jurisprudência* através do qual seja verificada a *correspondência entre a norma e a realidade-interpretação* que lhe é dada pelos Tribunais, serão valiosos instrumentos de trabalho.

A esses, acrescentem-se as *Enciclopédias Jurídicas,* os *comentários e estudos monográficos* feitos por doutrinadores representativos do pensamento jurídico que se pretende analisar.

Por fim, ressaltem-se que importantes veículos para o estudo do Direito Comparado encontram-se nas *revistas especializadas*, bem como na realização de *viagens* aos locais cujos sistemas jurídicos serão comparados [33]. Vale destacar que nos dias de hoje estas viagens estão muito facilitadas para a realização de cursos de Mestrado e/ou Doutorado, podendo-se inclusive realizar o chamado sanduiche, no qual o candidato faz parte de seus ‘créditos’ na Universidade de origem, e a outra na universidade para a qual se irá.

Claro está - e a repetição é proposital - que mesmo dispondo de todo este aparato, não se dispensará a *análise de textos normativos*, os documentos, o que envolve algumas fases, a saber: encontrar; ler; manejar e consultar; coordenar os diversos artigos, incisos e parágrafos; interpretar (sobretudo, considerando o sistema como um todo).

---

33. No caso de viagens, importante é que o pesquisador tenha noções sobre as *Técnicas de Observação.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEREDAY, George Z. F. **Método Comparado em Educação**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

BESSELAAR, José Van Den **Introdução aos Estudos Históricos.** São Paulo: Editora Herder, 1968.

BLOCH, Marc. **Introdução à História**. Coleção Saber, Publicações Europa-América, 1975.

CAMPOS, German J. Bidart. **Filosofia del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: EDIAR, 1976.

CAPLOW, Theodore. **La Investigación Sociológica.** Barcelona: Editorial Laia, 1977.

CARNOT, Walter F. **Derecho Constitucional Comparado – Tomo I**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

DANTAS,_Ivo, **Novo Direito Constitucional Comparado. Introdução, Teoria e Metodologia**. Curitiba: 3ª revista, atualizada e aumentada, 2010.

DUMOULIN, O. **Diccionario Akal de Ciencias Históricas.** Madrid: Ediciones Akal, S. A, 1991.

DUVERGER, Maurice. **Ciência Política - Teoria e Método**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

GLÉNISSON, Jean. **Iniciação aos Estudos Históricos.** São Paulo: Difel, 1961.

GORDILLO, Agustin, **El Método en Derecho**. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1995.

GRAWITZ, Madeleine **Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales**. Barcelona: Editorial Hispano Europa, 1975, Tomo II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Crime Organizado no Sistema Italiano,** In **Ensaios Jurídicos - O Direito em Revista**. Edição IBAJ, vol. 2, p. 298-317.

HENTZ, Luiz Antônio Soares, **Indenização do Erro Judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

MACHADO, Lourival Gomes. **Alguns aspectos atuais do problema do método, objeto e divisões da Ciência Política.** São Paulo, 1943.

MAY, Tim **Pesquisa Social – Questões, métodos e procesos.** 3ª edição, Porto Alegre: Artmed Editora, 2004.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia - Ensaio Sintético.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

PEREIRA, Caio Mário Da Silva, **Direito Comparado e seu estudo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Ano VII - Nova Fase -, out. 1955.

PHILLIPS, Bernard S., **Pesquisa Social - Estratégias e Técnicas.** São Paulo: Editora Agir, 1974.

RODRIGUES, José Honório. **Teoria da História do Brasil.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

SALMON , Pierre. **História e Crítica**. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

VÁSQUEZ, Rafael Sánchez. **Metodologia de la Ciencia del Derecho**. México: Editorial Porrúa, S/A, 1995.

TERRENOS DA MARINHA OCUPADOS IRREGULARMENTE: DESDOBRAMENTOS SOB O VIÉS DA TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

Marcos Claro da Silva

INTRODUÇÃO

A teoria geral dos negócios jurídicos é uma disciplina que tem a necessidade de sempre se adaptar à ordem social, na constante da evolução humana e na velocidade com que as transformações sociais exigem.

Surgem novos negócios jurídicos a todo o momento, e a disciplina desses negócios deve ficar sempre em alerta para que a teoria que os envolve também passe por essa evolução e possa oferecer respostas adequadas às colocações que são feitas.

A procura por espaços de terra é regulada pelo Direito, e é reconhecida, desde a revolução burguesa-liberal pela qual a França passou, através do direito fundamental à propriedade que se tornou uma das principais bandeiras do individualismo e permanece, mesmo após o reconhecimento dos direitos sociais, como um direito fundamental do homem.

O Direito à propriedade é, portanto, um dos cernes dos estados modernos, e do seu âmago surgem a grande maioria dos negócios jurídicos modernos, pois a propriedade é, por excelência, um direito que se transfere, gerando o tráfico de bens e consequentemente riqueza.

Nem todos, contudo, têm a chance de adquirir a propriedade da maneira como ela é regulada pelo Direito, e passam a possuir de maneira ilegal a propriedade alheia, e assim o fazem por conta de seus anseios econômicos mínimos de sobrevivência.

É o caso, a título de exemplo, de terrenos da marinha que são ocupados irregularmente por quem necessita do mar para sobreviver. O recorte que se quer dar aqui é encontrar uma resposta satisfatória que dê o mínimo de amparo jurídico a esses fatos jurídicos e possa induzir a regularidade do domínio direto dos ocupantes.

Para tanto, basear-se-á a pesquisa elaborada no método hipotético-dedutivo, partindo de constatações genéricas dentro da teoria geral dos negócios jurídicos para ao final chegar às especificidades que o tema requer.

1. REGIME JURÍDICO DOS TERRENOS DA MARINHA

Os terrenos de marinha são de propriedade da União Federal, conforme dispõe o artigo 1º, alínea "a", do Decreto Lei nº 9.760/46, e são regidos pelas proposições deste diploma normativo em todos os aspectos jurídicos que os envolvem. São terrenos que podem ser concedidos ao particular para que utilize privativamente dos seus benefícios. A própria lei[34]

34. Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:
a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;
b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das

cuida também de definir onde se localizam e como são definidos esses terrenos.

Esses terrenos constituem, como já se disse, patrimônio da União, podendo, entretanto, serem concedidos aos particulares para que se utilizem deles privativamente, e é nesse ponto que surge a necessidade de definir o regime jurídico aplicável a esses bens antes de partir para a análise dos negócios jurídicos que possam resultar das concessões em comento e da sua consequente classificação dentro da teoria geral dos negócios jurídicos.

O regime jurídico dos bens da União, assim como de toda a administração pública, é, como não poderia deixar de ser, de Direito Público e obedece, assim, os princípios e regras inerentes (MELLO, 2014, p. 419). Há, contudo, uma necessidade de que esse regime jurídico seja adaptado, principalmente quando se fala em bens dominicais.

Esses terrenos, qualificados como de marinha por serem próximos ao mar territorial, podem ser de uso comum do povo, os que os torna inalienáveis sem que haja a desconsagração, ou podem ser considerados bens dominicais que podem, sem qualquer processo ou procedimento administrativo, serem cedidos ou aforados aos particulares. Mario Masagão (1974, p. 133) define que os bens dominicais constituem patrimônio das pessoas jurídicas a que pertençam e, em cujo patrimônio, se achem.

O regime jurídico dos bens dominicais difere do regime jurídico inerente aos bens de uso comum do povo, bem como dos bens de uso especial, exatamente quanto à sua utilização, pois não estão afetados a uma função pública. Há a necessidade, contudo, de que exista lei autorizadora para sua alienação e processo de licitação para tanto.

---

marés.
Parágrafo único. Para os efeitos dêste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Eles – os bens dominicais – são destituídos, a par disso, de qualquer destinação e estão, por conta disso, pronto para serem utilizados ou alienados, ou ter o seu uso passado àqueles que se mostrem interessados (GASPARINI, 2010, p. 811).

Diante do que se expôs, estabelece-se que os terrenos da marinha são bens dominicais, com o regime jurídico que lhe é próprio – dito pela doutrina (MOREIRA NETO, 2002, p. 233) como muito semelhante ao regime de Direito Privado – se enquadrando nessa categoria de bens públicos. A essa ordem de ideias Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 642) assevera que os terrenos da marinha são considerados bens dominicais com as consequências que advêm desta conclusão.

A problemática – dentro do que preconiza a teoria geral dos negócios jurídicos - surge porque muitos sujeitos ocupam esses terrenos sem o reconhecimento pela União de sua posse como legítima, nascendo desse contexto a necessidade de definir sua situação dentro do ordenamento jurídico vigente.

Qual seria então a resposta que a teoria geral dos negócios jurídicos oferece para terrenos da marinha que são ocupados irregularmente. Seria essa posse um nada jurídico ou é preciso concluir que existem sim consequências jurídicas dessa ocupação?

Antes de passar à resposta deste questionamento, é importante definir que esses bens podem ser cedidos aos particulares legalmente. É o que se faz no tópico que segue.

2. CESSÃO DE TERRENOS DA MARINHA: O AFORAMENTO

Antes de chegar ao centro da discussão da problemática que se propõe aqui a debate, é importante definir que os terrenos de marinha podem ser cedidos aos particulares, assim como podem ser também objeto de aforamento, o qual é viabilizado pelo antigo instituto enfiteuse, quase em desuso no

ordenamento civil vigente com a sua quase completa supressão ocasionada pelo novo Código Civil.

O ato das disposições constitucionais transitórias, no §3º, do artigo 49[35], estabelece que os terrenos de marinha podem ser objetos de enfiteuse e aforamento, com a possibilidade de que os proprietários promovam a remição no caso de extinção dos contratos que originam as enfiteuses. Ressalte-se, antes de prosseguir, que na lição de Mariana Almeida Passos de Freitas (2005, p. 154) a enfiteuse é instituto do Direito Privado o qual é transportado ao Direito Administrativo através do aforamento que é viabilizado por meio de atos administrativos.

Pelo negócio jurídico que viabiliza a cessão de terrenos da marinha e resulta no ato administrativo que dispõe sobre o aforamento, é transferido, segundo menciona Hely Lopes Meirelles (2003, p. 503), o domínio útil desses bens consistente no direito de usufruir do imóvel da maneira que mais aprouver ao cessionário – particular – ficando o domínio direito, no caso em exame, com a União.

Assim, diante do que pontua Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 769), na enfiteuse o proprietário do bem é chamado de senhorio, e o beneficiário é denominado enfiteuta, o primeiro tem o domínio direito e o segundo o chamado domínio útil.

Existe a necessidade de que a utilização pelos particulares de terrenos da marinha, sob o regime de aforamento, seja recompensada, a teor do que estabelece o artigo 101, do

---

35. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - Art. 49: A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos.
§ 1º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União.
§ 2º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato.
§ 3º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima.
§ 4º Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa.

já mencionado Decreto/Lei nº 9.760/46, dispondo que "Os terrenos aforados pela União ficam sujeitos ao foro de 0,6% (seis décimos por cento) do valor do respectivo domínio pleno, que será anualmente atualizado".

Além do foro, estará também sujeito o cessionário dos terrenos de marinha à taxa de laudêmio, a qual incide quando o particular aliena os seus direitos relativos ao imóvel. Consiste, portanto, na importância paga pelo enfiteuta ao senhorio direito, no caso a União, além disso o particular deve comunicar a União para que ela, caso entenda possível e necessário aos seus fins, adquira novamente o domínio útil que foi desdobrado (MEIRELLES, 2006, p. 503).

Essa a forma pela qual os terrenos da marinha podem ser cedidos aos particulares, consistindo no aforamento deferido através de ato administrativo e que obedece ao regime encampado pelo Decreto/Lei 9.760/46.

Entretanto essa apresentação é apenas descritiva dentro do objeto ora analisado, pois o que se pretende é dar contornos jurídicos adequados à situação de ocupação de terrenos da marinha por aqueles que não detenham o competente aforamento, tanto por alienações irregulares quanto por ocupações sem o conhecimento da União.

3. UTILIZAÇÃO DE TERRENOS DA MARINHA SEM AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO: MODELO JURÍDICO POSSÍVEL

Terrenos de marinha, na sua grande maioria, diante do que aqui já foi afirmado, são bens dominicais e devem obedecer a esse regime jurídico que, apesar de ser público, se assemelha em muito com o regime jurídico de direito privado.

A questão que se coloca é a seguinte: Pode a ocupação irregular de terrenos da marinha gerar algum efeito jurídico?

E em caso positivo, a busca prosseguirá pela resposta mais adequada oferecida por aqueles que estudam a teoria geral dos negócios jurídicos.

Os terrenos de marinha ocupados irregularmente constituem realidade muito factível[36] no Brasil, muito por conta da grande extensão da costa brasileira. Esses terrenos são ocupados muitas vezes sem qualquer má-fé, por pescadores, marisqueiros e por aqueles que necessitam do que é oferecido pelo mar para sobreviver.

Obviamente que, dentro do ordenamento jurídico vigente, essas ocupações irregulares podem gerar alguns efeitos jurídicos que são reconhecidos e válidos diante das disposições legais. O exemplo clássico a ser citado é a defesa da posse que é exercida por esses ocupantes irregulares contra ofensas que terceiros possam vir a perpetrar contra a situação fática colocada.

O próprio Código Civil, no artigo 1.196, consigna que: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". Em outras palavras, o que o Código quer dizer é que será possuidor aquele que tenha de fato algum dos poderes inerentes à propriedade. Pode-se concluir que os possuidores irregulares de terreno da marinha, em que pese a falta de titulação idônea, têm relação possessória com a coisa com todas as consequências que decorrem dessa situação.

---

36. A título de exemplo cite-se a seguinte notícia, retirada do sítio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região: O Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, em sessão de julgamento realizada ontem (22/01), deu parcial provimento ao recurso de apelação da Associação de Moradores e Amigos do Jaraguá (AMAJAR) e confirmou a decisão de primeira instância que determinou a desocupação do terreno de marinha ocupado por comunidade composta, predominantemente, por pescadores e marisqueiros, originalmente denominada "Vila dos Pescadores", atualmente mais conhecida como Favela do Jaraguá, em Maceió. A ação de desocupação foi proposta, em 2012, pelo município alagoano. A decisão facultou aos moradores, previamente cadastrados pela Prefeitura, a transferência para os apartamentos do conjunto habitacional que foi construído para a comunidade, bem como o usufruto da área onde a Prefeitura de Maceió promete construir equipamentos úteis à atividade pesqueira – ancoradouro, oficinas para reparo de barcos e redes, alojamentos para guarda de material, instalações para cursos de formação, fábrica de gelo, mercado de pescados, entre outros.

Assim é que a resposta à primeira indagação que se colocou no início desse capítulo é positiva, pois o ordenamento jurídico brasileiro, como se demonstrou no parágrafo anterior, dá guarida a essa situação de fato, havendo, pois, consequências jurídicas inerentes a essa posse exercida sem título como substrato.

Dentro da teoria geral dos negócios jurídicos, Emílio Betti (1969, p. 15-16) reconhece a existência das chamadas situações jurídicas que advêm diretamente dos fatos jurídicos, como situações que são reconhecidas como importantes para o homem e possuem, assim, causalidade jurídica apta a produzir efeitos jurídicos.

Podem as chamadas situações jurídicas serem entendidas em sentido amplo e em sentido restrito. Aquelas são qualificadas como em sentido amplo quando a situação jurídica é a resultante universal da aplicação duma norma jurídica, como a norma serve para ser aplicada se projetaria nas situações jurídicas correspondentes. Por outro lado, as situações jurídicas em sentido restrito são as subjetivas, que se relacionam com os sujeitos (ASCENSÃO, 2010, p. 11).

José de Oliveira Ascensão (2010, p. 11) prossegue afirmando que as situações jurídicas são as situações de pessoas, resultados da valoração da ordem histórica. As pessoas passam a ser o fim do Direito, a ordem jurídica, por conta disso, se exprime, do ponto de vista formal ou técnico, pela modelação de situações jurídicas subjetivas.

Assim, as situações jurídicas são uma realidade normativa, e seu plano está inserido na ordem da validade. Resulta ela da aplicação de uma ou mais normas, mas não se confundem com as normas que se aplicaram. A situação jurídica, assim entendida, e pode ser compreendida dessa maneira, não contém nenhum correspondente nos acontecimentos exteriores (ASCENSÃO, 2010, p. 12).

Por vezes as situações jurídicas são descritas como situações individuais, a partir das regras objetivas, nasceria a subjetivação de regras jurídicas. A regra é objetiva, mas com a verificação de situações reais correspondentes à sua espécie estariam elas subjetivadas. Essa conclusão é suspeita, pois ainda reside no normativismo, sem levar em consideração a sua incapacidade de conceber a realidade jurídica fora da situação estanque da norma jurídica (ASCENSÃO, 2010, p. 12).

Pelo que se expôs, as situações jurídicas não se conformam com a moldura que é dada às situações pela abstração pregada pelo normativismo. O paradigma que se quer romper é exatamente esse: de que existe a necessidade de que toda e qualquer relação jurídica tenha espeque no norma, pois dessa forma parte-se do abstrato para o geral.

Isso coloca em xeque a nova concepção de Direito Civil. Fala-se hoje em Direito Civil Constitucional, em repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado. Dessa maneira, partir de conceitos abstratos para as relações pessoais seria desconsiderar esse movimento histórico.

A respeito, José de Oliveira Ascensão (2010, p.12), salienta que essa concepção normativista não está mais correta, antes, diz ele, "a noção de situação jurídica deve estar no seu caráter individual e concreto, por oposição à generalidade da regra". Assim é que ele conclui que: "a natureza da situação jurídica deve pois procurar-se fora do quadro, demasiado estreito e comprometido, da subjetivação da regra jurídica".

O Direito Civil passa por esse momento, de "cláusulas abertas", sujeitas aos influxos históricos que se referem às pessoas para que se determine as consequências jurídicas das chamadas situações jurídicas.

Essas situações escapam ao âmbito dos negócios jurídicos, pois são dotadas de maior volatilidade servindo à capta-

ção de uma série de fatos maiores, acompanhando melhor o desenvolvimento da sociedade.

Não há como negar que o ocupação irregular de terrenos da marinha possa, em certa medida, constituir uma realidade que se torne irreversível, induzindo – ao menos de fato - o domínio daqueles que irregularmente a possuam, apesar de lhe faltar o título que outorgue esse direito. Chega-se, em alguns casos, à completa inviabilidade de retomada desses bens pelo Poder Público, ante a realidade concreta que se verificar.

Ou seja, a situação jurídica dos ocupantes irregulares não encontram resposta no esquema normativo proposto. Ela, essa resposta, deve ir além, para alcançar a compreensão exata das consequências jurídicas que o ordenamento prevê para, diante do caso concreto, se entender os efeitos que esse fato pode ocasionar.

A ideia de situações jurídicas, trazidas por Emílio Betti e desenvolvidas por José Oliveira Ascensão, aparecem como resposta apta, dentro da teoria geral dos negócios jurídicos, para dar substrato jurídico mínimo a essas situações, além de reconhecer a elas os mais variados efeitos jurídicos, a depender da amplitude do fato jurídico originado por essas ocupações.

O Direito, como ciência social aplicada que é, deve acompanhar a realidade sociológica correlata. Assim, como conclusão final, tem-se que a ocupação irregular de terrenos da marinha é uma situação jurídica dotada de efeitos jurídicos próprios, a depender da amplitude das ocupações como fatos jurídicos que são.

Essa conclusão nos leva à ideia de que é possível que o domínio útil desses terrenos seja outorgado aos ocupantes irregulares pela União que é sua proprietária, a quem caberia, diante de suas competências constitucionais, regular a situação conferindo o aforamento, ao invés de simplesmente retomar para si a propriedade plena do imóvel.

CONCLUSÃO

O artigo se propôs a analisar a realidade das ocupações irregulares de terrenos da marinha, que são de propriedade da União, para entender se o Direito tem uma resposta a essa realidade social que pode se mostrar, em muitos casos, como irreversível.

Numa primeira aproximação com o tema foi essencial apurar qual o regime jurídico dos terrenos da marinha, ocasião em que se chegou à conclusão de que eles são bens dominicais e obedecem ao regime jurídico de Direito Privado, mas com alguns toques de Direito Público, diante das especificidades que envolvem a alienação de seu uso.

Após estabelecer o regime jurídico que envolve esses bens, passou-se à análise do meio pelo qual esse bem é cedido ao particular. O uso particular de terrenos da marinha, diante do que estabelece o ordenamento jurídico brasileiro, é permitido através da figura do aforamento, que nada mais é do que um direito real que se assemelha em muito com a enfiteuse, com alguns toques exigidos. Ela se consubstancia através de um ato administrativo como veículo final à sua realização.

Por fim, respondeu-se à questão central do objeto proposto, consistente em delimitar os contornos que a teoria geral dos negócios jurídicos confere a situações jurídicas que, apesar de serem dotadas de efeito, são consideradas irregulares.

Assim é que se concluiu que a ocupação irregular de terrenos da marinha é uma situação jurídica, dentro dos contornos definidos por Emílio Betti, pois é um fato jurídico importante para o homem e que deve ser reconhecida como apta para a produção de efeitos jurídicos.

Essas situações jurídicas, em dadas circunstâncias, notadamente a amplitude da ocupação irregular de terrenos da marinha pode levar à aquisição do domínio útil desses bens públicos pelos particulares, cabendo à União aceitar essa situação

de fato e outorgar o competente aforamento, para que a posse passe a ser titulada.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 8. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

FREITAS, Mariana Almeida de Passos. **Zona Costeira e Meio Ambiente: aspectos jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1974.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

____________. **Direito Municipal Brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

O ENSINO JÚRICO FACE A MULTI, INTER E TRANSDISCIPLINARIDADE

Maria Fernanda Lyra
Marianna dos Santos Coelho Alves

INTRODUÇÃO

O ensino do Direito no Brasil se configura majoritariamente na observância diária de uma metodologia de ensino marcada pela organização desarticulada, fragmentada e compartimentalizada de suas disciplinas curriculares. Os currículos são elaborados e construídos distribuindo as disciplinas de forma estanque e incomunicável, proporcionando, assim, uma formação humana e profissional insuficientes para desenvolvimento de práticas profissionais, sociais e políticas norteadoras e norteadas de competência, senso crítico e, principalmente, ética.

Este caráter fragmentado e desarticulado se fundamenta na demanda material que sociedade moderna, com suas formas de organização social, impôs às instituições educacionais quando da formação dos profissionais do Direito.

A organização curricular fragmentada e desarticulada, reflete a realidade capitalista que coloca o jurista como objeto de ação parcial e obriga-o a constituir-se em um homem dividido, alienado, desumanizado. A realidade social e científica da modernidade é marcada por esta fragmentação.

A divisão do saber em áreas gerou especialidades disciplinares cada vez mais estanques, cada uma delas muito zelosa de manter sua identidade e independência. Consequentemente, lançaram-se no mercado profissionais do Direito cada vez mais especializados, e porque não dizer hiperespecializados, dotados de um saber acumulativo que em nada os distancia do empobrecimento e obscurantismo que o conhecimento tecnicista desenvolve.

1. MULTI, INTER E TRANSDISCIPLNARIEDADE

Ultimamente, muito se ouve falar em Multi, Inter e Transdisciplinaridade. Uma das questões que se coloca para discussão é a das diferenças de fundo entre os conceitos de disciplinaridade, multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdiciplinaridade.

É preciso identificar, conceitualmente, as diferenças entre eles. A ideia de integração e de totalidade que aparentemente perpassa estes conceitos tem referenciais teórico-filosóficos diferentes e inconciliáveis. Uma organização do ensino interdisciplinar é diferente da organização multidicisciplinar ou transdiciplinar e muito diferente da organização de ensino disciplinar. As diferenças aqui, não são de grau ou nível de integração como em geral aparece nos discursos dos educadores.

Assim, segundo Jurjo Torres Santomé, a hierarquização dos níveis de colaboração e integração entre as disciplinas proposta por Piaget, se estabelece da seguinte forma:

> "1. *Multidisciplinaridade*. O nível inferior de integração. Ocorre quando, para solucionar um problema, busca-se informação e ajuda em várias disciplinas, sem que tal interação contribua para modificá-las ou enriquecê-las. Esta costuma ser a primeira fase da constituição de equipes de trabalho interdisci-

> plinar, porém não implica em que necessariamente seja preciso passar a níveis de maior cooperação.
>
> "2. *Interdisciplinaridade*. Segundo nível de associação entre disciplinas, em que a cooperação entre várias disciplinas provoca intercâmbios reais; isto é, existe verdadeira reciprocidade nos intercâmbios e, consequentemente, enriquecimentos mútuos.
>
> "3. *Transdisciplinaridade*. É a etapa superior de integração. Trata-se da construção de um sistema total, sem fronteiras sólidas entre as disciplinas, ou seja, de 'uma teoria geral de sistemas ou de estruturas, que inclua estruturas operacionais, estruturas de regulamentação e sistemas probabilísticos, e que una estas diversas possibilidades por meio de transformações reguladas e definidas'.". (SANTOMÉ, 1998, P.70)

Há que se analisar e discutir as diferenças de fundo entre esses conceitos. É preciso identificar, conceitualmente, as analogias entre eles. A ideia de integração, complementação e de totalidade que aparentemente perpassa estes conceitos tem referenciais metodológicos e filosóficos diferentes e, muitas vezes, inconciliáveis. A prática do ensino dos professores sendo transdisciplinar, é diferente da prática de ensino dos professores de forma interdisciplinar ou multidisciplinar e muito diferente da prática dos professores de maneira puramente disciplinar.

1.1 MULTIDISCIPLINARIDADE

A Multidisciplinaridade trata da integração de diferentes conteúdos de uma mesma disciplina, porém sem nenhuma preocupação de seus temas comuns sob sua própria ótica, articulando algumas vezes bibliografia, técnicas de ensino e procedimentos de avaliação de conteúdos.

Segundo Nogueira (2001, p. 140), "não existe nenhuma relação entre as disciplinas, assim como todas estariam no mesmo nível sem a prática de um trabalho cooperativo". E Almeida Filho, (online) acrescenta "Poder-se-ia dizer que na Multidisciplinaridade as pessoas, no caso as disciplinas do currículo escolar, estudam perto, mas não juntas. A ideia aqui é de justaposição".

Na Multidisciplinaridade recorre-se a informações de várias matérias para estudar um determinado elemento, sem a preocupação de interligar as disciplinas entre si. Neste caso, cada disciplina contribui com as informações pertinentes ao seu campo de conhecimento, sem que haja uma real integração entre elas. Essa forma de relacionamento entre as disciplinas seria, em nossa opinião, a menos eficaz para a transferência de conhecimentos para os alunos, visto que não ocorre nenhuma relação de trabalho cooperativo entre as disciplinas, sem troca de informações, de diálogo; visto que, as disciplinas são tratadas separadamente.

A título de exemplo, e corriqueiramente vivenciado nas alas de aula do ensino de graduação - e muitas vezes de pós-graduação em Direito- é o que se observa no estudo individualizado do conteúdo de Direito Civil e da sua prática processual civil, que são tratada em momentos curriculares diversos.

1.2 INTERDISCIPLINARIDADE

Desde a década de 70, as discussões acerca da Interdisciplinaridade tomaram força, um movimento revolucionário de estudantes universitários na Europa e na América Latina teve como eixo a crítica à organização do ensino universitário e o papel do conhecimento na sociedade capitalista discutindo-se, entre outras coisas, a ruptura teoria e prática e a função social dos conteúdos escolares (FOLLARI, online). As instituições de ensino responderam a algumas exigências do movimento es-

tudantil iniciando a busca de novos métodos que alcançariam modificações estruturais e curriculares. A Interdisciplinaridade surgiu, então, para promover a superação da hiperespecialização e da ruptura da teoria da prática, como alternativa à Multidisciplinaridade. Nota-se nesse movimento que as questões acerca da interdisciplinaridade têm inspiração na crítica à organização social capitalista, à divisão social do trabalho e a busca da formação integral do gênero humano. (PIRES, online)

Frigotto (online) defende que a Interdisciplinaridade é "uma necessidade relacionada à realidade concreta, histórica e cultural, constituindo-se assim como um problema ético-político, econômico, cultural e epistemológico". Assim como também destaca que a Interdisciplinaridade se apresenta como problema pelos limites do sujeito que busca construir o conhecimento de uma determinada realidade e, de outro lado, pela complexidade desta realidade e seu caráter histórico. Entretanto, esta dificuldade é potencializada pela forma específica com que os homens produzem a vida de forma apartada, alienada, no interior da sociedade de classes.

Nesta metodologia pedagógica existe uma real cooperação e troca de informações entre as disciplinas, pressupondo e prescindindo o diálogo e o planejamento. A fragmentação e compartimentação das diferentes disciplinas não estarão mais presentes sendo "necessária uma coordenação que integre objetivos, atividades, procedimentos, atitudes, planejamentos e que proporcione o intercâmbio, a troca, o diálogo, etc.". (NOGUEIRA, 2001, p. 143).

As disciplinas interagem entre si em distintas conexões: o saber é formado a partir das experiências. O ensino/aprendizagem baseado na Interdisciplinaridade proporciona uma aprendizagem bem estruturada e rica, pois os conceitos estão organizados em torno de unidades mais globais, de estruturas conceituais e

metodológicas compartilhadas por várias disciplinas, cabendo ao aluno a realização de sínteses sobre os temas estudados.

A integração teoria e prática de que trata a interdisciplinaridade refere-se à formação integral na perspectiva da totalidade. O pensamento crítico que inspira esta discussão leva ao aprofundamento da compreensão sobre esta relação, colocando como de fundamental importância a definição da prática que se pretende relacionar à teoria (Follari, 1995). Como bem ensina a professora Marília Freitas de Campos Pires:

> "Está claro que a relação integradora teoria e prática implica na construção de ações críticas transformadoras no interior da sociedade capitalista. Trazendo essas reflexões para a compreensão de nosso tema - o ensino - a interdisciplinaridade pode ser tomada como uma possibilidade de quebrar a rigidez dos compartimentos em que se encontram isoladas as disciplinas dos currículos escolares." (PIRES, online)

Transportando a Interdisciplinaridade para o ensino jurídico, exemplarmente, observar-se-ia a interação disciplinar entre conteúdo e prática jurídica.

1.3 TRANSDISCIPLINARIDADE

Quanto à Transdisciplinaridade, ela é uma metodologia pedagógica de educação proposta recentemente, com vinculação à complexidade, ao pensamento complexo e epistêmico, sendo tratado com muita propriedade por Edgar Morin.

Nesta pedagogia, as relações não se limitam apenas à integração das diferentes disciplinas. Esta nova elaboração do Ensino/Aprendizagem vai muito além; para ela não devem existir fronteiras entre áreas do conhecimento e à interação

chega a um nível tão elevado que é praticamente impossível distinguir onde começa e onde termina cada disciplina.

Para esta metodologia, vale dizer que, as relações entre as disciplinas devem proporcionar aos estudantes que vão enfrentar o mundo do terceiro milênio, uma cultura, que lhes possibilitará articular, religar, contextualizar, situar-se num contexto e, se possível, globalizar, reunir os conhecimentos que foram adquiridos em toda a sua vida. (NOGUEIRA, 2001, p. 143)

Segundo o mesmo autor (IBIDEM, p. 145), "a finalidade a ser atingida é comum a todas disciplinas e interdisciplinas". A Transdisciplinaridade insere-se na busca mais recente de um novo paradigma para as ciências da educação, buscando como referenciais teóricos a teoria da complexidade, com a ideia de rede, ou de comunicação entre os diferentes campos disciplinares. Morin, acredita que:

> "Para promover uma nova transdisciplinaridade precisamos de um paradigma que, certamente, permite distinguir, separar, opor e, portanto, disjuntar relativamente estes domínios científicos, mas que, também, possa fazê-los comunicarem-se entre si, sem operar a redução. O paradigma da simplificação (redução-disjunção) é suficiente e mutilante." (MORIN, 2002, p.30)

Torna-se necessário um paradigma de complexidade que, ao mesmo tempo separe, associe e reassocie os saberes, que não os reduza às unidades elementares e às leis gerais. Esse novo paradigma da complexidade e a Transdisciplinaridade implicam na reforma do pensamento dentro do processo de ensino/aprendizagem, trazendo consigo causas e consequências cívicas, éticas e existenciais e levando a, conforme o

autor supracitado coloca: “formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas de seu tempo”. (IBIDEM. P. 36)

Esta prática exige uma nova postura daqueles que desenvolvem estudos científicos e daqueles que trabalham com o processo de construção do conhecimento nas instituições de educação, pois que propões uma mudança de pensamento de todo o sistema educacional, uma reforma na educação e consequentemente no Ensino/Aprendizagem de qualquer disciplina do currículo escolar.

Segundo a Carta da Disciplinariedade:

> “Preâmbulo
>
> Considerando que a proliferação atual das disciplinas acadêmicas conduz a um crescimento exponencial do saber que torna impossível qualquer olhar global do ser humano;
>
> (...)
>
> Considerando que a vida está fortemente ameaçada por uma tecnociência triunfante que obedece apenas à lógica assustadora da eficácia pela eficácia;
>
> (...)
>
> Considerando que o crescimento do saber, sem precedentes na história, aumenta a desigualdade entre seus detentores e os que são desprovidos dele, engendrando assim as desigualdades crescentes no seio dos povos e entre as nações do planeta;
>
> Considerando simultaneamente que todos os desafios enunciados possuem sua contrapartida de esperança e que o crescimento extraordinário do saber pode conduzir a uma mutação comparável à evolução dos humanoides à espécie humana;

(...)

Artigo 1

Qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição e de dissolvê-lo nas estruturas formais, sejam elas quais forem, é incompatível com a visão transdisciplinar.

Artigo 2

O reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes é inerente à atitude transdisciplinar. Qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica não se situa no campo da transdisciplinaridade.

Artigo 3

A transdisciplinaridade é complementar à aproximação disciplinar: faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferece-nos uma visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa.

Artigo 4

O ponto de sustentação da transdisciplinaridade reside na unificação semântica e operativa das acepções através e além das disciplinas. Ela pressupõe uma racionalidade aberta por um novo olhar, sobre a relatividade das noções de definição e objetividade. O formalismo excessivo, a rigidez das definições e o absolutismo da objetividade comportando a exclusão do sujeito levam ao empobrecimento.

Artigo 5

> A visão transdisciplinar está resolutamente aberta na medida em que ela ultrapassa o domínio das ciências exatas por seu diálogo e sua reconciliação não somente com as ciências humanas mas também com a arte, a literatura, a poesia e a experiência espiritual.
>
> Artigo 6
>
> Com relação à interdisciplinaridade e à multidisciplinaridade, a transdisciplinaridade é multidimensional. Levando em conta as concepções do tempo e da história, a transdisciplinaridade não exclui a existência de um horizonte trans-histórico. (...)" (FREITAS; MORIN; NICOLESCU, online)

Assim, como bem coloca Sommerman:

> "O pensamento transdisciplinar propõe a "dança de prefixos" nos processos da formação (auto, hetero, co e ecoformação) e da pesquisa (multi, pluri, inter e transdisciplinaridade), possibilita também uma dança entre as diferentes posições epistemológicas. É uma dança que não se dá sem atrito. Ao contrário, faz com que as contradições apareçam a todo momento, mas, ao invés de descartá-las, busca tratá-las com uma metodologia que se apoia em três pilares que respeitam os contraditórios e, ao mesmo tempo, permite o surgimento de um novo olhar que integre as contradições num nível superior da percepção." (SOMMERMAN, online)

2. O ENSINO JURÍDICO

Empregando sua faculdade discursiva e analítica, o jurista fragmentou de forma notável sua história, sua realidade e o

saber, pensando com isso poder compreender o todo a partir da decomposição das partes.

Na área acadêmica, segundo Américo Sommerman, isso fez com que, “ilhas epistemológicas, dogmáticas e acriticamente ensinadas, sem portas nem janelas, sejam mantidas pelas instituições, ainda às voltas com o problema da distribuição de suas ‘fatias’ do saber” (JAPIASSU apud SOMMERMAN, 2005, p. 3) e fez também com que, mormente no ensino do Direito, tenha se tornado hegemônico um ensino notoriamente disciplinar.

No curso de Direito, lecionam-se leis, artigo por artigo, de várias disciplinas e ramos do Direito. As disciplinas dogmáticas são importantes porque fundamentam o Direito positivo, mas elas sozinhas não desenvolvem o senso crítico e o raciocínio do jurista, visto que ele, quando restrito à dogmática, acaba ficando preso excessivamente, senão somente, ao texto a lei. (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, online) Mais do que isso, a própria organização pedagógica do curso, baseada na estrutura e tentativa de esgotamento das leis e grandes Códigos reforça esse aspecto, claramente limitado, do ensino jurídico. Com esta visão dogmática, os cursos jurídicos têm formado profissionais visivelmente incapazes de perceber a dimensão real dos problemas com os quais terão de lidar.

Mesmo a tentativa de traçar um currículo permeado por disciplinas “zetéticas não parece ser suficiente para mudar o panorama. Os cursos jurídicos, em geral, têm a grade curricular engessada, apresentando disciplinas estanques e sem características básicas de interlocução entre si. Com isso, “isolam” as disciplinas que poderiam potencializar a compreensão crítica e interdisciplinar do Direito (Sociologia, Filosofia, Economia, Política, Antropologia, Psicologia, entre outras) etc.), atribuindo a elas carga horária reduzida, em geral alocadas nos primeiros semestres do curso, sem maior

integração com as demais disciplinas especificamente jurídicas (ALMEIDA; SOUZA; CAMARGO, online), conferindo-lhes um caráter meramente acessório.

Tradicionalmente, o ensino do Direito sempre deu um peso maior às disciplinas dogmáticas e, quando propôs a introdução de disciplinas zetéticas, o fez sem maior preocupação de articulação com a dogmática, muitas vezes em uma clara hierarquização de saberes nos quais os conteúdos dogmáticos eram priorizados. Porém, a partir da edição da Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação, estabeleceu que o currículo para os cursos de Direito, seria formado pelas chamadas matérias fundamentais (Introdução ao Direito, Filosofia, Sociologia, Economia e Ciência Política e profissionalizantes) e profissionalizantes (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Complementarmente, a Resolução n. 9/2004, no art. 2º, § 1º, que diz respeito à organização do Curso de Graduação em Direito, dita que o projeto pedagógico do curso, além da clara concepção de Direito, deverá abranger, sem prejuízo dos outros, o seguinte elemento estrutural:

> [...]
>
> IV – Formas de realização da interdisciplinaridade;
>
> E, ainda, em seu art. 3º dispõe que:
>
> O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valoriza-

> ção dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Assim, o currículo jurídico passaria a não se constituir apenas de uma construção normativa fechada, devendo alcançar uma construção de significativo alcance filosófico, educacional, social e, além de tudo e especialmente, cultural (TELLES JÚNIOR, 1974, p. 313). Conforme explica Edgar Morin:

> "Todas as reformas da Universidade concebidas até agora têm girado ao redor de um buraco negro que concerne à necessidade profunda do ensino. Estas reformas têm sido incapazes de percebê-la, porque se encontram atreladas a um tipo de inteligência que é preciso reformar. Existe, assim, uma ligação de circularidade entre esses imperativos interdependentes: 1. Reproblematização dos princípios do conhecimento e problematização daquilo que aparentava ser a solução; 2. Reforma do pensamento por um pensamento complexo capaz de ligar, contextualizar e globalizar; 3. Transdisciplinaridade." (MORIN, 2009, p. 22)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensino jurídico acomoda contradições intrínsecas em seu âmago: de um lado, se encontra a serviço da formação das elites dirigentes e, de outro lado, produz conhecimentos críticos para a interpretação das relações sociais contraditórias que deveriam levar ao enfrentamento desta realidade oligárquica.

Notadamente, o ensino jurídico, historicamente, vem se mostrando reticente quanto às questões políticas e sociais, e assim, privilegiando as elites. Acreditamos que o padrão transdisciplinar possa contribuir para romper esse círculo vicioso, pois ao trabalhar com temas transversais, propicia a interface entre os saberes e, por conseguinte, entre os diferentes níveis da realidade social, já que o saber e o real são fortemente imbricados.

Formam-se, assim, juristas, aplicadores e pensadores do Direito, carentes de ferramentas para a construção de um saber holístico, onde totalidade não se esgota na soma das partes, mas, num outro nível, constitui-se na síntese histórica da realidade; assim como carentes de preparação para os enfrentamentos sócias, políticos, econômicos, filosóficos e até psicológicos que sua atividade lhe exigirá.

Não é, pois, com a mentalidade de resignação à situação contemporânea que se deve iniciar o estudo do Direito, mas sim com a de transição. Assim, como Perrenoud (1999, p.35) já destacava: "toda competência está fundamentalmente ligada a uma prática social de certa complexidade. Não a um gesto dado, mas sim a um conjunto de gestos, posturas e palavras inscritos na prática que lhes confere sentido e continuidade".

Ressalte-se que o desafio imediato dos cursos de Direito no país deve passar pela reformulação das políticas pedagógicas estabelecendo um novo paradigma, capaz de romper com o tradicional modelo positivista e formar profissionais humanistas dentro de uma abordagem transdisciplinar, juristas aptos a compreender e mensurar os fenômenos jurídicos e suas implicações sociais, políticas, econômicas, psicológicas e éticas, utilizar as técnicas e aliar a teoria à prática.

Conclui-se, portanto, que a questão metodológica no ensino jurídico, não é apenas a questão "do que fazer", mas também "do como fazer". A metodologia do ensino da teoria

e prática do Direito, se serviria abundantemente da Transdisciplinaridade, que se verifica pelo avanço da ciência, da sociedade e do próprio Direito, que vai se entrelaçando a outros ramos do saber, no seu desenvolvimento. Pois que, a todo momento, surgem novas exigências sociais, que ensejam que o Direito se debruce sobre outros saberes e assim vão se tecendo a interdisciplinaridade, a multidisciplinaridade e a transdisciplinaridade jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico; SOUZA, André Lucas Delgado; CAMARGO, Sarah Bria de. **Direito e Realidade: Desafios para o Ensino Jurídico.** Ensino do direito em debate : reflexões a partir do 1° Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente /José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum (organizadores) . São Paulo: Direito GV, 2013.

ALMEIDA FILHO, Naomar. **Transdisciplinaridade** e saúde coletiva. Ciência & Saúde Coletiva. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81231997000100005>. Acesso em 05 junho 2017.

CARNEIRO, M. F. **Pesquisa Jurídica na complexidade e transdisciplinaridade.** 2ª ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

FARIA, J. E. A função social da dogmática e a crise do ensino e da cultura brasileira. In: SOCIOLOGIA Jurídica. Crise do Direito e Práxis Política. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1984.

FOLLARI, R. A. **Algumas considerações práticas sobre interdisciplinaridade**. In: BIANCHETTI, L., JANTSCH, A. Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito. Petrópolis: Vozes. 1995.

FRIGOTTO, Gaudêncio**. A Interdisciplinaridade como Necessidade e como Problema Nas Ciências Sociais.**

Disponível em: <http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/sem_pedagogica/fev_2014/NRE/2interdisciplinaridade_necessidade.pdf>. Acesso em 20 maio 2017.

MANACORDA, M. A. **Marx e a pedagogia moderna**. São Paulo: Cortez. 1991.

MELO FILHO, A. Repensando o ensino para o século XXI. **Revista Cearense Independente do Ministério Público,** Fortaleza, ano I, n. 01, abr. 1999.

___________. **Metodologia do Ensino Jurídico.** 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1984.

MORIN, Edgar. **Educação e complexidade: Os setes saberes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 2002.

___________. **Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios**. In: ALMEIDA, Maria da C.; CARVALHO, Edgard de A. (Orgs.). São Paulo: Cortez, 2009.

NOGUEIRA, Nildo Ribeiro**. Pedagogia dos projetos: uma jornada Interdisciplinar rumo ao desenvolvimento das múltiplas inteligências**. São Paulo: Érica, 2001.

FREITAS, Lima de; MORIN, Edgar; NICOLESCU, Basarab. **Carta da Transdisciplinaridade**. Disponível em: <file:///D:/Users/Mariana/Downloads/ANEXOA_Carta_Transdisciplinaridade.pdf>. Acesso em 27 maio2017

PIRES, Marília Freitas de Campos. **Multidisciplinaridade, Interdisciplinaridade e Transdisciplinaridade no Ensino**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/362458/mod_resource/content/1/multi%20inter%20trans.pdf>. Acesso em 16 maio 2017.

PERRENOUD, Philippe. **Construir as competências desde a escola. Programas escolares e competências**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 35-52.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Globalização e interdisciplinaridade**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

Sommerman, Américo. **A Inter e a Transdisciplinaridade**. X Seminário Internacional de Educação - "Interdisciplinaridade como forma de inclusão numa educação mundial". Cachoeira do Sul (RS), 2005. Disponível em : <https://www.passeidireto.com/arquivo/22242023/a-inter-e-a-transdisciplinaridade>. Acesso em 28 mai 2017.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1974.